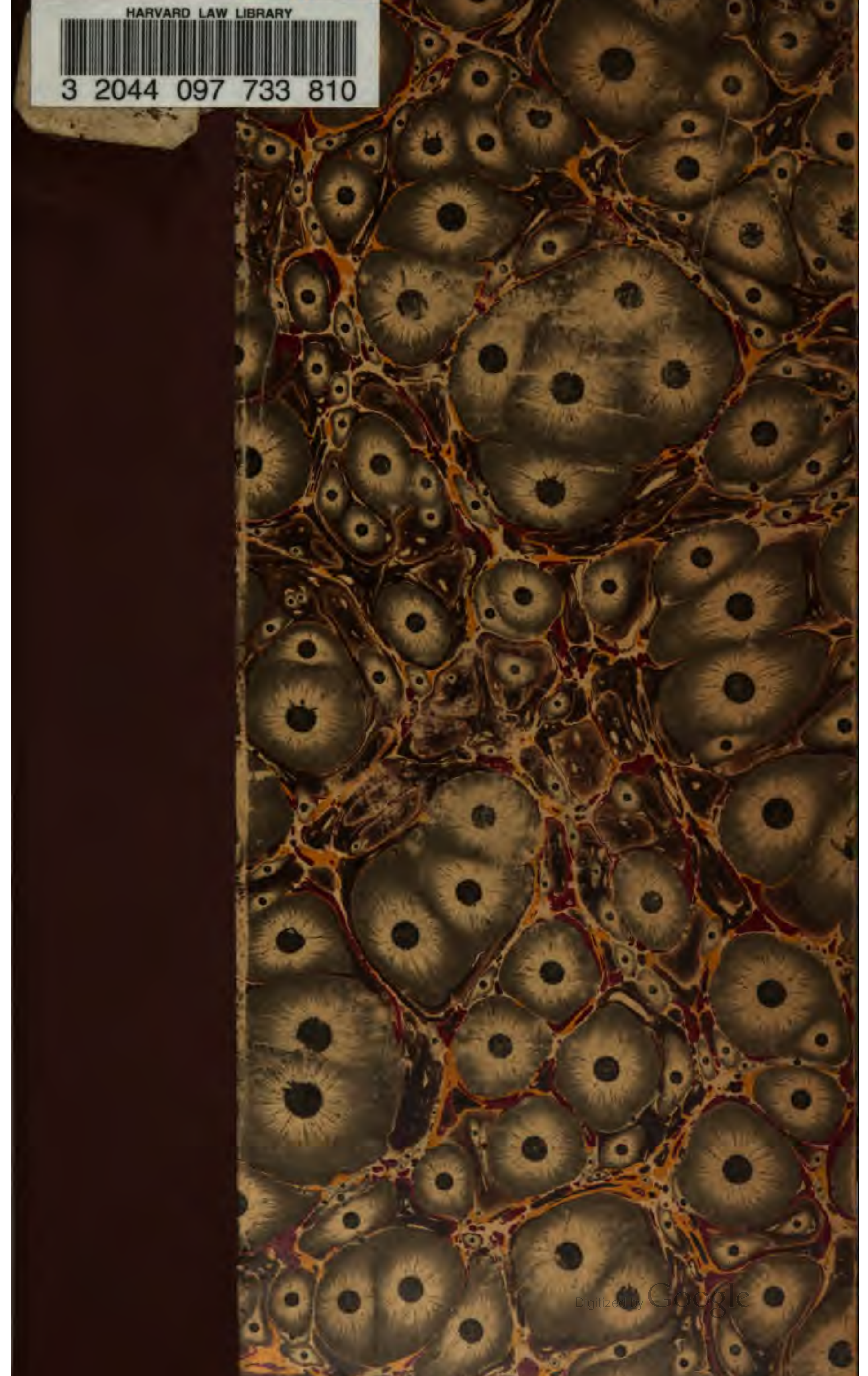


HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 733 810
Digitized by Google

INTER MORAM SOLVENDI

ET

CULPAM A DEBITORE PRAESTANDAM

QUAE SIT DIFFERENTIA

EX JURE ROMANO QUAERITUR.

COMMENTATIO

QUAM

PRO VENIA LEGENDI RITE IMPETRANDA

IN

ACADEMIA GEORGIA AUGUSTA

SCRIPSIT

Karl Bernhard Hieronymus

CAROLUS BERNARDUS HIERONYM. ESMARCH

JUR. UTR. DR.

8.

GOTTINGAE

TYPIS EXPRESSIT OFFICINA ACAD. HUTHIANA.

MDCCCLII.

AVUNCULO OPTIMO DILECTISSIMO

JOANNI DAVIDI PREHN

DUCIS SLESVICO-HOLSAT. AB AUL. CONSIL.

SACRUM ESSE VULT

HOC OPUSCULUM

AUCTOR.

Praefatio.

In MORA jam dudum constitutus, quippe qui hucusque neglexerim id, quod eis, qui summos in utroque jure adepti sunt honores, more impositum est, ut aliquod in publicum edant studiorum specimen, CULPAE tamen minus timeo accusationem. Talis enim fuit rerum status, quum execrabilis in patriam irrupisset hostilis calamitas, ut in armis quidem MORA non esset honesta, honestissima esset in litteris. Sed belli strepitu cessante jam cessavit excusatio. MORAM igitur ut purgarem CULPA carentem, de MORA INCULPATA ex jure Romano disserendi cepi con-

§. 1.

Introductio.

Omnes fere, qui juris Romani de mora doctrinae hucusque operam dederunt jureconsulti, quamvis in plerisque hujus materiae praeceptis ingenter inter se discrepuerint, in una tamen opinione mirum in modum consensisse videntur: nullam scilicet esse moram, nisi quae in culpa ejus, qui moram fecisse diceretur, causam haberet atque fundamentum. Quae quidem opinio quum neque inter eos, qui Glossam condiderunt, jureconsultos, neque inter eos, qui *Postglossatorum* nomine solent comprehendi [1]), neque denique in aureo illo quo Cujacius, Donellus, Contius floruerunt aevo ullum haberet contradicentem [2]), no-

[1]) Solo Bartolo excepto, cujus de opinione vid. infr. §. 15.

[2]) Comparantibus nobis, quae horum juris interpretum, qui praeteritis florebant saeculis, de hac re fuerint sententiae, in ipso consensu mira quaedam se praebet varietas. Alii enim in iis, quas de mora composuerunt definitionibus, nullam omnino culpae fecerunt mentionem, quorum in numero sunt: Glossa, Odofredus, Aemilius Ferretus (libellus de mora in opp. Francof. 1598. p. 152.), Arumaeus (comment. de mora p. 52.), Taco a Glins (tractat. de morae. p. 4.), Gerh. Noodt (in opp. 310.), Voet (in opp. I. p. 944.). Alii in ipsam definitionem culpae receperunt momentum, inter quos

stris diebus adeo doctorum virorum animos videtur occupasse, ut, si in consentientium numero atque auctoritate justa possessionis causa inveniri posset, optima ratione illa frueretur possessionis beatitudine.

Et quale quantumque, qui haud ita multo ante viri doctissimi ambiguam illam summique momenti doctrinam iterum susceperunt excolendam, de Madai, quem proh dolor! inter feliciter finita utiliter coepta mors abripuit intempestiva, atque Wolff, qui eleganti disseruit sermone de gravissimis hujus materiae quaestionibus, uberrimis libris inveteratae illi opinioni adjecerint hodiernae eruditionis adminiculum, nemo sane erit, quem fugiat. Nec mirum! nam inter eos jureconsultos, qui diversam de quaestione illa professi sunt sententiam, mihi quidem nemo est cognitus, qui post Schömannum [3]) copiosiore rationis naturalis deductione legumque Romanarum subtiliore interpretatione muniendam curaverit doctrinam receptae opinioni contrariam. Schömanni vero, qui ingenii magis excelluit facilitate quam eruditionis gravitate, argumentatio, qua ad morae statuendam speciem culpa opus non esse primus inter nostrates ostendere conatus est, ad sectatores novae doctrinae comparandos ideo

---

imprimis denominandi: Cujacius (in opp. prior. Paris. I. p. 797.), Donellus (Comment. J. C. X. p. 130. et p. 1430.), Contius (tract. de mora. C. 1. in opp. Neap. 1725. p 175.), J. Saporta (tract. de mora. p. 338.). Alii denique, velut Alciatus (in opp. Basil. p. 636.), A. Corasius (opp. Viteb. II. 623.) in delictorum numero moram collocare non dubitaverunt. Cfr. etiam Wolff. z. L. v. de mora. p. 247.

[3]) Schömann, Lehre vom Schadenersatz, Giessen 1806. Vol. II. p. 10 ff.



non satis videtur idonea, quod aut ejusmodi nititur rationibus, in quibus nulla vis insit probandi, ita ut facillima praebeatur adversariis victricis refutationis gloriatio [4]), aut in iis, quae recte adhibet, argumentis non tanta utitur diligentia, ut a reprobatione satis sit tutus.

Quibus testimoniis nec nova adjecit nec altioris indaginis, qui ejusdem se profitetur sententiae fautorem, Glück [5]), repetitis argumentis Schömannianis contentus. Qui autem in adolescentibus erudiendis hodie maximam sibi adquisiverunt auctoritatem, Mackeldey [6]) et Puchta [7]), juris civilis quae composuerunt systematibus, pro dogmate jam inseruerunt novam, quae culpam e morae definitione eliminat, doctrinam, iis, quibus ad eam opinionem perducti sunt, argumentis neutiquam exhibitis.

Cujus quum ita se habeat controversiae status, denuo pertractare propositam quaestionem, quae non solum in usu forensi summi videtur esse momenti, sed in se etiam tantum habet pretium, quanti interest, juris civilis elegantiam ac concinnitatem liberam esse a cujuscunque inveterati erroris, sive e falsa aequitatis ratiocinatione sive e legum interpretatione minus probanda originem ducat, macula, opera haudquaquam mihi visum est indignum. Nec timendum esse arbitror, ne, si illustrium virorum sententiis nonnunquam erit contradicendum, hominis rerum

---

[4]) v. Madai, Lehre von der Mora. p. 7 — 12. Wolff p. 250 ff.

[5]) Glück, Comment. VIII. p. 426.

[6]) Mackeldey, Lehrb. d. heut. R. R. 10. Ausg. §. 345.

[7]) Puchta, Pandekten. 3 Ausg. p. 385.

novarum studiosi in me cadat suspicio, quippe qui id solum agam, ut, quibus ex argumentis verior mihi videatur contraria opinio simpliciter exponam.

Hisce praemonitis ad rem ipsam jam accedamus exponendam.

§. 2.

De generali eorum jurium, quae obligationum nomine complectimur, natura atque effectu.

Rebus, quas habemus in patrimonio nostro, obligationes etiam, quibus aliena persona ad dandum vel faciendum vel praestandum nobis obstricta est, quasi res incorporales adnumerandas esse jam apud veteres juris nostri auctores constabat [1]).

Quod rerum genus, sicut iisdem periculis, ac res corporales, quae sunt in nostro dominio, sine dubio subjectum est (quoniam in eam conditionem potest venire obligatio, ut casu re debita peremta vel impossibili facto eo, quod facere aliquis promisit, prorsus exstinguatur), simili modo iisdem frui debere commodis, suadere videtur juris nostri concinnitas atque aequitas.

Principale vero, propter quod dominia rerum habere nostra interest, commodum in usu cernitur, quo non modo vitam sustinere sed etiam augere possumus rei nostrae substantiam. Quod in corporalium

---

¹) Gajus II. §. 14. L. 32. pr. D. ad Leg. Falc. L. 49. D. de V. S. Burchardi, Grundzüge des Rechtssystems der Römer (Bonn 1822.) p. 178 f. v. Savigny, System I. p. 339. Obligationenrecht. I. p. 9.



quidem rerum dominio vel in juribus, quae in re aliena nobis constituta sunt, nullam habet difficultatem, quia, aliena persona minime interveniente vel adjuvante, uti possumus eo, quod nostrum est. Sed aliter in obligationibus sese res habet, quae constant in juris vinculo, quo certae tantummodo tenentur personae; ejusmodi igitur rerum usus, nisi in eo, quod compellantur debitores ad aliquid dandum vel faciendum, cogitari non potest.

Sed hujus rei duplex distinguendus est modus. Utimur enim aut ita obligationibus nostris, ut compellamus debitorem ad solvendum quod promisit (qua in solutione ipsius obligationis finis est atque exstinctio), aut id agimus, ut fructuum vel usurarum praestatione substantia nostra per aliquod rei, quam in bonis habemus, augeatur lucrum. Quo de emolumento saepissime caveri solet per stipulationem usurariam in contrahenda obligatione adjectam.

Sed non omnium obligationum principalis ea est intentio, ut in usuris capessendis constet illud commodum, propter quod alium sibi obligatum habere creditoris interest; saepius enim evenit, ut magis nostra intersit id ipsum habere in bonis, quod ad dandum vel faciendum reus nobis obstrictus est; tunc vero petendo rem pecuniamve nobis promissam obligationis facimus usum. Sed ex variis causis contingere potest, ut frustra petamus, ita ut impediamur, quominus eo quo intendimus modo jure nostro possimus uti.

Et primum quidem propter rei, quae in obligatione est, interitum.

Aut enim res, quam petimus, fortuito exstincta est casu: tunc, cessante obligatione, omni modo libe-

ratus est debitor [2]); aut propter culpam admissam rei interitus imputandus est debitori: tunc ad praestandam aestimationem e lege negotii tenetur [3]).

Porro fieri potest, ut rem, quamvis existat, debitor solvere recuset, et id quidem: Aut dolo malo affirmans, se nihil debere; aut debitum licet confiteatur, propter inopiam inexspectatam sibi solvendi non esse facultatem allegans atque probans.

Utra utra autem conditio est, per debitoris personam fieri dicendum est, quominus eum rei nostrae possimus facere usum, qui ex ipsa juris natura per debitoris voluntatem nobis obstrictam competit; nata est igitur actio, qua, ut jus nostrum ab ejusmodi laesione tutum sit, a judice petimus. Quid ergo judicis? id aget, ut in eum nos restituat statum, in quo fuissemus, si, quum primum vellemus jure nostro uti, a nemine in ea re fuissemus impediti. Quem ad finem quanta opus sit condemnationis summa, in singulis causis aestimabitur a judice.

Sed ne omni careat judex in ejusmodi aestimatione fundamento neve crescant lites in infinitum, certi a jure, quo utimur, constituti sunt modi, quibus procederet illa restitutio, certaeque conditiones, quibus non existentibus nulla locum haberet obligationis mutatio. Creata est igitur a jure civili Morae notio, qua in singulis causis probata non potest anceps haesitare judex, qualem quantamque reo imponat in condemnatione praestationem.

---

2) L. 23. D. de R. J. L. 18. pr. D. commodati.

3) L. 91. §. 3. D. de V. O.

§. 3.

De nonnullis causis, quae immerito morae a quibusdam subjiciuntur notioni.

Sunt varia quaedam juris instituta, in quibus communis illa inest ratio, ut incommodis illum afficiant, qui, quod statim vel certa facere debet die, aut prorsus omittit aut justo tempore facere negligit. Quibus omnibus causis quamvis negari non possit naturali sensu moram i. e. dilationem quandam esse implicatam, immerito tamen eae, ut mihi quidem videtur, a nonnullis, praesertim praeteriti temporis jureconsultis, civili morae definitioni inseri solent. Quo fit, ut tam late pateat definitio illa, ut genuina civilis morae notio difficile possit discerni; quippe quae alienarum causarum copia diffusa sit atque ita turbata, ut minime sit mirandum, tantas inter viros doctos de hac re exstitisse dissensiones. Nobis igitur, antequam propositae disquisitionis stricte exhibeamus elementa, liceat a limine repulsis eis, quae nostro arbitrio morae falso adnumerantur, causis certam rei, qua de agatur, concipere formulam, ejusque, quod disquisitioni subjicitur, speciem definitam.

Quae autem a morae notione excipienda esse arbitramur, haec fere sunt juris instituta.

1) Saepe numero fit, ut stipulationibus aliisve contractibus certae poenales inserantur praestationes, veluti arrha poenalis, lex commissoria, usurarum promissio, quarum tunc existere putatur conditio, si certa die creditori non sit satisfactum. Quamvis, nisi interveniente quadam dilatione, ejus generis poenae minime possint committi, nihilominus ejusmodi dilatio-

nes morae nuncupatione falso significari saepius monitum est a juris peritis, quam ut novis probandum sit argumentis [1]). In iis enim, quae de ejusmodi poenis loquuntur, legibus, ne verbo quidem morae fit mentio; e contrario satis superque edocemur verarum conditionum in numero illas stipulationum accessiones esse [2]).

Quo magis mirandum, virum doctissimum, qui novissime huic materiae perscrutandae operam dedit, Wolffium, id egisse, ut causas supradictas morae insereret doctrinae, quippe quas objectivae morae nuncupatione a civili, quam ille subjectivam appellat moram, una cum quibusdam aliis causis discernendas esse censeret [3]). Licet in hac divisione clarissimum Vangerowium [4]) habeat assentientem, nobis tamen per se neutiquam videtur probanda divisio rei alicujus in id quod sit, et in id quod non sit. In illa autem, quam morae Romani adtribuerint significatione, multo majores quam simplicis conditionis inesse vires, a nemine, qui candido studio jureconsultorum hac de re pertractavit responsa, negari potest; quo tandem jure re deficiente nominis potest fieri usus? non enim vulgaris, sed, si de civili agamus quaestione, civilis sermo videtur adhibendus; alioquin in legibus interpretandis omnibus certis careremus fundamentis; liceret enim, quotiescunque lex aliqua sen-

---

1) L. 23. D. de recept. et qui arb. (IV. 8.) L. 4. §. 4. de leg. com. L. 115. §. 1. D. de V. O. L. 12. C. de contr. stip. (VIII. 38.).

2) L. 1. D. de leg. com. L. 69. L. 134. D. de V. O.

3) Wolff, mora. p. 16. 252 ff. et a. ll.

4) v. Vangerow, Leitfaden für Pand.-Vorl. III. p. 190 f.

tentiae a nobis defensae non est congruens, supposito diverso ab unanimiter recepto intellectu, delere, quidquid Romanorum responsis est firmitatis et auctoritatis. Sed haec hactenus.

2) Qui alienae rei ex suo delicto nacti sunt possessionem, veluti fur, vel qui vi bona rapuit, semper in mora esse dicuntur [5]), ita ut, ceteris minime adjectis conditionibus, omnia eos sequantur, quae morae propria sunt, incommoda.

Sed merito Contius [6]) observat, ibi moram, quam proprio sensu appellamus, non habere locum, quippe quibus plus quam mora contineatur [7]). Quoniam autem verum est, ejusmodi ex delicto natam perpetuam esse obligationem, eleganter hujus effectus in eo ponitur ratio, quod semper videatur in mora esse talis possessor, i. e. quod delicto semel commisso iisdem, quibus debitor in mora constitutus afficiatur incommodis. Non stricto accipiendam esse sensu illam definitionem, testimonio sit *L. 19. D. de vi*, ubi ait Tryphoninus, hanc moram semper durare nec eo posse purgari, quod conveniendi moram [8]) faciat rei dominus. Sed quoniam in majore minus semper continetur, minoris haec quidem distinctio est mo-

---

5) L. 8. §. 1. L. 20. D. de cond. furt. L. 9. C. de furt. (VI. 2.).

6) Contius de div. morae gen. Cap. VI. p. 177.

7) L. 19. D. de vi et d. v. arm. (quia ex ipso tempore delicti plus quam frustrator debitor constitutus est).

8) Quamquam ego moram fecero, quo minus interdicto te convenirem — hoc loco non civili sed naturali sensu morae verbo usum fuisse Tryphoninum, ex ipsis sequitur verbis.

menti. Majoris vero consequentiae eorum videtur error, qui

3) Omnes malae fidei possessores, i. e. eos, qui quamvis justo titulo rem possideant, tamen alienam esse haud ignorent, eo ipso in mora esse dicant. Quam opinionem, a Madaio [9]) sufficienter refutatam obiter duntaxat, cum adversariis ne consentire videremur, adtingere voluimus.

Ex arbitratu autem judicis, quo antiquioris temporis more ante veram condemnationem reus rem restituere juberi solebat [10]), ejusmodi natam esse obligationem, quae per se perpetua esset et ceteros genuinae morae in se haberet effectus, negari non potest. Testis est Ulpianus in L. 15. §. 3. L. 17. §. 1. De R. V.

4) Litis contestatione necessario id effici nonnulli contendunt, ut post eam omnimodo in mora sit, qui conveniatur. Quod qui affirmant juris civilis superficiem duntaxat tetigisse haud immerito nostro quidem arbitratu arguuntur [11]). Nata est enim mora aut ante litem contestatam, aut ne ex ipsa quidem sequitur contestatione. Quamvis similes sint in plerisque causis utriusque rei effectus, qui tamen in quibusdam actionibus etiam post litem contestatam, i. e. ex condemnatione, locum habere solent [12]).

---

[9]) v. Madai l. c. p. 179 ff. Contius l. c. p. 177.

[10]) Cfr. Ribbentrop, Correal-Obl. p. 180. n. 4 Keller. Lit. Cont. et Urthl. p. 215 ff. v. Savigny, System VI. p. 178.

[11]) v. Savigny, Syst. VI. p. 81 f. Contius l. c. p. 177.

[12]) v. Savigny l. c. p. 82. infr.

§. 4.

De veris, quibus ad moram efficiendam opus sit, conditionibus.

Perpauci virorum, qui nostris temporibus de mora disputaverunt, jureconsultorum, ubi in commentationum primordiis de rei agebant definitione, ad illud Marciani [1]) non provocaverunt, affirmantis difficilem esse hujus rei definitionem. Quod haud prorsus immerito esse enuntiatum, plerique horum virorum iis, quas ipsi statuebant, definitionibus satis probaverunt.

Quod vero D. Pius Balbo rescripsisse dicitur, an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla neque juris auctorum quaestione decidi posse, quum sit magis facti, quam juris, salva erga summum imperatorem reverentia, hodie pro vero accipere non possumus; alioquin eadem ratione dicendum esset, utrum aliquis rem possideat necne, ex juris doctrina decidi non posse, quum sine dubio etiam possessio magis facti quam juris sit.

Quin imo comparatis inter se, quas veteres JCti de mora protulerunt, sententiis apparebit, paucas esse in jure civili notiones tam certis finibus circumseptas atque majore cura, quam ipsam moram, expolitas.

Generaliter in mora esse dicitur debitor, qui, quum primum jure exspectare possit creditor, per alium amplius non stare, quominus usum faciat ejus quam contraxerit obligationis, hujus usus copiam non dat ei, cui se obligavit.

---

1) L. 32. D. de usur.

Duplici quidem hoc evenire potest modo.

Aut enim per se utilis est obligatio, ita ut nulla opus sit voluntatis significatione ad moram, i. e. eam obligationis conditionem, qua utilis esse incipit, efficiendam. —

Aut si uti velit creditor jure, quod ex contractu quaesivit, per interpellationem, i. e. per declarationem expressim factam, sibi animum esse fruendi eo, quod suum sit, efficere debet, ut in mora reus constituatur [2]).

Prius si est, ex re, si posterius, ex persona moram factam esse, merito dicimus.

Sed uterque modus, ne aliqua subsit de eo, quod sentimus, dubitatio, paullo diligentiori subjiciendus erit disquisitioni.

Cessat enim pro mora haberi, si ex aliqua justa causa factum est, ut interpellationi non obtemperaretur, veluti si petenti obstabat exceptio [3]), vel si non satis tutus fuit debitor, ut solutione vere liberaretur, quia forte testibus carebat [4]), aut non aderat persona ad accipiendam solutionem idonea [5]). Nulla enim mora ibi fieri intelligitur, ubi nulla petitio est [6]). Nec recte petitur, quamdiu exceptio aut obstat, aut de solutionis probatione vel ratihabitione non satis cavebat creditor. Tunc autem non, uti a recentioribus solebat doceri, excusatio morae debitori

[2]) L. 32. D. de usur. L. 23. D. de V. O. L. 36. §. 3. D. de legat. I.

[3]) L. 53. §. 1. D. de pactis. — L. 78. pr. D. de legat. II.

[4]) Wolff. l. c. p. 296.

[5]) L. 17. §. 3. D. de usur. L. 21. eod.

[6]) L. 88. D. de R J.

contingit, sed justis differendi causis intervenientibus omnino moram non fieri expressis verbis a juris auctoribus affirmatur. Quos quidem casus non ea ratione exemptos esse, quia culpa in iis careat debitor, sed quia aliae deficiant morae conditiones, inferiore hujus disputationis loco diligentius exponemus. Hic nobis sufficit ostendere civilem morae significationem ab eo, quod vulgo hoc verbo exprimitur, longe esse diversam.

Porro non ex re sed ex persona moram fieri, Marcianus ait [7]), quo sequi videtur, interpellatione deficiente moram omnino statui non posse. Nihilominus variae enumerantur causae, quibus id est peculiare, ut interpellatione minime interjecta, ubi primum debere coepit, in mora esse intelligatur reus [8]), quibus in causis ex re vel in re moram accipiendam esse, quum ab aliis multis, tum ab ipso Marciano [9]) docetur. Sed jam pridem dubitari coeptum est, num proprie morae notione comprehendendi essent illi, in quibus statim usurae debentur, casus. Fuerunt enim omnibus temporibus, qui praecipue citato Marciani fragmento commoti, alias quaererent rationes, propter quas [10]) moram fieri sine interpellatione nisi improprie dici non posse censerent. At equidem arbitror, huic opinioni a Marciano ansam minime praeberi, quippe cujus verba non sic intelligenda mihi

---

7) L. 32 pr. D. de usur.

8) cf. Henning Ratjen, diss. de mora. Kil. 1824. Wolff. l. c. p. 308 – 317. v. Maday. p. 61 ff.

9) L. 53. L. 55. D. de fideicomm. libert.

10) v. Maday, p. 18 ff. Gerh. Noodt, de foen. et usur. p. 320 ff.

a morae incommodis ea se liberare probatione, nullam in ipsum cadere negligentiae imputationem, id quod idem est atque si dicamus: omni ipsum carere culpa. Quamvis enim rei, quae in obligatione est, apud creditorem sit periculum, ad praestanda ea, quae ad solvendi facultatem spectant, incommoda omnimodo debitor tenetur.

Nostra igitur definitione in mora esse dicitur, quicunque post interpellationem rite factam legitima excusatione non existente creditori non satisfecit.

Haec thesis est, quam sequentibus suscepimus probandam.

§. 5.

Morae effectus utrum ex eadem ac culpae nascantur ratione necne quaeritur.

Disquisituris, utrum in proprio aliqua notio consistere intelligatur valore, an alienis potius indigeat, e quibus vires capiat, momentis, in contemplandis iis, qui huic rei adtribuuntur, effectibus magnum se praebere videtur et necessarium fere praejudicium. Quoties enim, nisi generaliore et validiore subintellecto fundamento, certorum effectuum frustra quaeruntur rationes, ejus generis speciem esse rem, qua de quaeritur, merito suspicamur, cujus opera indiget ad explicandos suos effectus. Sin autem proficisci videtur id quod in jure aliqua causa efficit ex singulari ipsius natura, tunc sui juris esse nec alieno juri subjectam rem, qua de agitur, haud inconcinne concludimus.

Morae quinam sint effectus paucis jamjam exponamus:

Ac praeteriti quidem temporis, qui de hac materia disputarunt, scriptores sejunctim solent enumerare majorem vel minorem, pro suo quisque arbitrio variorum effectuum numerum, communis, quo inter se conjuncti sint, vinculi minime habita ratione [1]. Eis vero, qui nostris diebus huic rei operam dederunt, jureconsultis illud sane non vile adjudicandum est meritum, quod ad generales regulas corpusque, ut ita dicam, commune, revocare conati sint membra etiam tunc sparsa atque disjecta. Non est hujus loci eorum comparare inter se labores et dijudicare, cujus principia magis rationi ac legibus sint adaptata.

Nostra quidem sententia, ad quam pervenimus diligentius legibus inspectis, genuinae morae duo duntaxat statui possunt effectus:

> Obligationis scilicet perpetuatio et morosi debitoris ad usuras praestandas obligatio.

E contrario dicimus:

> Praestandi ejus quod interest justo tempore solutum esse, e sola mora nunquam nascitur obligatio.

Cujus sententiae [2] priusquam suscipiamus pro-

---

[1] Arumaeus, tract. de mora Cap. VIII. p. 275. Saporta eod. III. p. 368. Taco a Glins l. c. p. 125 — 165. Contius l. c. p. 179.

[2] Eos morae esse effectus satis quidem est cognitum nec ab ullo negatum: sed solos esse atque unicos effectus, quum hucusque a nemine sit propositum, documentorum requirere videtur diligentem exhibitionem.

bationem, quaerendum, sitne ad probanda dicta incommoda recurrendum ad culpae vim et valorem?

CULPA — uti jam dudum satis est agnitum — in jure civili ejus est momenti, ut, quoties vel intra obligationis nexum, vel extra, damno aliquo rei nostrae substantia est afflicta, quaeramus, sitne alienae personae per suum factum suamve omissionem ea res ita imputanda, ut ad praestandum id quod interest, damnum non esse factum, nobis sit obligata. Culpa igitur admissa (i. e. eo omisso diligentiae gradu, quem ad perhibendum tenemur ex lege contractus) ad id obligamur actori restituendum, quod habuisset in bonis, nisi culpa fuisset commissa. Nihil est enim aliud quod verbis *praestare*[3]) *dolum vel culpam* Romani solent significare.

Debitoris interveniente culpa (in re scilicet debita conservanda) *perpetuari obligationis vinculum*, jam veteris juris fuisse regulam, Paulus est testis[4]). Cujus quae sit sententia in dubio non potest esse. Quoties enim rei quae debetur interitu impossibilis fit obligatio, si quidem casu hoc fit, liberatus est debitor; quodsi pro culpa ei potest imputari interitus, nullo modo liberatur: sed transiisse fingitur in eam conditionem, ubi pro specie, quae potest perire, genus debet, quod perire non potest. Itaque per culpam debitoris rei quidem, quae perire potest, obligationem exstinctam, sed quasi novam natam esse eamque perpetuam merito dicimus.

Eundem autem MORAE esse effectum jam supra agnovimus, cui rei sunt testimonio et ejusdem Pauli et

---

[3]) Cfr. Barn. Brissonius d. v. s. sub v. „praestare“.

[4]) L. 91. §. 3. D. de V. O.

aliorum sententiae [5]). Sed quoniam semper ex omissione ejus, quod dare facere debuit reus, mora nascitur, quae fieri potest ut pro culpa ei sit imputanda, quid videtur convenientius, quaerat aliquis, quam ut eundem effectum eidem adtribuamus causae, dicamusque propter moram ideo perpetuari obligationem, quia nihil aliud sit mora, nisi *speciem quandam culpae?*

Nihilominus multa me commoveant, ut ejusdem effectus diversas subesse causas arbitrer. Neque enim ulla certe potest inveniri juris regula, quae naturae sit congruentior, quam illa, quae ab unoquoque praestandum esse, quidquid sua culpa effecit damni, jubeat, si modo id, quod evenit *causali vinculo* cum ejus facto vel omissione sit nexum; nec pro poena illud accipiendum est, quod ex ipsa aequitate, quae, uti ait Paulus [6]), in omnibus, praecipue in jure spectanda est, necessario sequitur.

Quid vero si in mora est debitor? i. e. si post interpellationem rite factam solvere tergiversatur? tunc, quamvis inter rei interitum et dilatam solutionem causale vinculum minime intercedat, nihilominus perpetuari dicimus obligationem. Praestare igitur debet post moram et is rei aestimationem, qui non modo nihil fecit, quo res debita periret, sed omnem etiam impendit ad rem conservandam diligentiam, cui naturaliter nihil potest in eo imputari eventu [7]).

Haud me fugit, esse qui etiam in hoc rerum

---

5) L. 24. D. de usur.

6) L. 91. D. de R. J.

7) L. 108. §. 11. D. de legat. I. L. 23. D. de V. O. L. 91. §. 1. i. f. D. de V. O.

statu causalem inter moram et damnum petitoris existere affirment nexum, hoc fere ratiocinantes modo:

Si quidem justo tempore rem debitam promissor solvisset, eo tempore res interiisset, quo jam in bonis fuisset creditoris, ita ut ante interitum rei distrahendo a periculo ille sese potuisset liberare. Tunc certe pro ipsa re in bonis haberet rei pretium. Nunc vero mora debitoris effectum est, ut neque rem habeat, neque pretium, neque obligationem rei praestandae, quae quidem per supervenientem exstincta est impossibilitatem. Damni igitur, quo afficitur stipulator, omnimodo causa est debitoris mora: ad quod praestandum, inquiunt, ex ipso causali nexu merito, qui moram committit, est obligatus.

Sed ex petitione principii originem ducere illam argumentationem nemo est, qui non videat: pro certa enim ac probata qui ita ratiocinantur habent regulam, toties duntaxat e mora periculum devolvi ad debitorem, quoties probabile fiat, non fuisse futurum, ut res, dum in creditoris esset bonis, periret. Alioquin enim nulla esset inter moram debitoris et damnum, quod creditor patitur, affinitas.

Verum enim vero satis est cognitum dissentire viros doctos inde ab primo civilis eruditionis tempore de hac regula, quam veram esse hujusce sententiae auctores praesumunt, novis argumentis minime allatis. Nondum post tot saecula ad exitum est perducta gravis illa inter dominos Martinum et Bulgarum controversia, possitne se defendere is, qui moram facit, ab aestimationis praestatione ita, ut neget rem debitam, si apud creditorem jam fuisset, eundem subituram non fuisse casum. Sed non video, cur non dicam, judicatam esse causam, licet non ita, ut utilis sit

exceptio, iis, qui sententiam defendunt nobis reprobandam. Si quid inest auctoritatis in summorum Jureconsultorum sententiis movere debet adversarios, quod Savigny, vir omni laude mea major, denuo pertractans [8]) veterum auctorum de hac quaestione responsa nihil invenit, quo infirmarentur strictissimae illae regulae ab Ulpiano [9]) et Africano [10]) et Pomponio [11]) expressae: post moram teneri promissorem proinde ac si res existeret — vel: si post moram res interiisset aestimationem esse praestandam — vel: hominem post moram debitoris periculo ejus et vivere et deteriorem fieri — et similia, quae ambiguam non admittunt interpretationem.

Ac profecto ut iterum hanc ventilemus quaestionem neque res flagitare, neque locus videtur permittere. Sufficit enim ostendisse, niti adversariorum opinionem in doctrina quadam, cui semper contradictum est a magna summorum JCtorum parte [12]).

Quid ergo dicendum? num forte poenae nomine, ut periculum, quod eo usque apud creditorem fuit, post moram devolveretur ad debitorem, est constitutum? id meo quidem arbitrio incivile foret nec ullo confirmari generali principio posset nec exemplo.

Verum enim vero satis intelligi posse non videtur illius regulae ratio, nisi antea declaraverimus alterum,

---

[8]) Savigny, Syst. Vol. VI. p. 188.

[9]) L. 82. §. 1. de V. O. L. 39. §. 1. de legat. 1.

[10]) L. 108. §. 11. de legat. 1.

[11]) L. 23. D. de V. O.

[12]) Accurate ac copiose Madai illam tractat controversiam l. c. p. 285 ff., qui et ipse eam defendit, quae nobis verior videtur, sententiam.

quem supra morae adtribuimus effectum, qui in eo scilicet cernitur, quod ad praestandas debitae pecuniae similisve rei usuras ex mora debitor obligatur.

Jam priore hujus disputationis capite generaliter exposuimus, cum rebus corporalibus obligationes ita esse comparandas, ut libera nobis sit potestas faciendi, quum primum voluerimus, eum, qui ejus generis rerum naturae accomodatus est, usum: quod aut ita fit, ut exigamus debitum, aut ita ut efficiamus, ut usuras nobis praestet debitor, quae fructuum fungantur vice. Quod obiter tunc quidem adtigimus, in ea duntaxat debitoris conditione morae consistere vim atque indolem, ut e certo temporis momento, nisi solutione facta ab usurarum praestatione non se possit defendere, — ejus sententiae gravioribus praemuniendae documentis hic videtur locus. Et erit nobis demonstrandum, non modo deberi usuras (id quod probatione non indiget), sed nihil deberi praeter usuras.

§. 6.

Continuatur.

In eo Digestorum loco saepius jam citato, quo uberior et magis, ut ita dicam, ex professo nostram definiens materiam nullus in juris libris nobis est relictus, ait Marcianus:

in bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur [1]).

---

[1]) *L.* 32. *D. de usur.:* Id nondum juris fuisse liberae reipublicae temporibus Gerhardus Noodt (de foen. et usur. III. p. 236. 310 ff.) arbitratur et graviter Connanum, qui e

Qua ex regula quamquam non sequitur, solam usurarum praestationem fuisse in bonae fidei judiciis mora effectum, nihilominus summi generalis illa sententia videtur momenti. Firmam enim certamque e mora in bonae fidei contractibus nasci videmus obligationem,

---

natura b. f. judicii ob vim atque amplitudinem formulae usuras praestandas fuisse existimat (Connan. *lib. V. comment. J. Civ. C. III. h.* 2.), reprehendit. Et in eo quidem Noodtio assentiendum esse censeo, demonstranti ex L. 66. D. pro socio, Labeonem primum fuisse, cujus auctoritate novum jus fuerit introductum, id quidem non in omnibus b. f. actionibus sed in sola societate. Usuras autem a socio debitas fuisse non quasi usuras, sed sub specie ejus, quod intersit, moram eum adhibuisse. Sed neutiquam vir clarissimus mihi persuadebit, factum esse per constitutiones principum, ut in ceteras bonae fidei actiones extenderetur usurarum praestandarum obligatio. Verisimile putat Noodt, per quandam D. Pii constitutionem jus illud fuisse introductum, quippe cujus, quasi generalis, primum Papinianus, Marcianus, Ulpianus, Paulus facerent mentionem, qui omnes certe post D. Pium vixerunt, quum a Pomponio, qui illo major est imperatore, nondum videretur agnitum (cfr. L. 60 cit.). Quod si verum esset, non video, cur ne uni quidem eorum, qui hujus juris mentionem faciunt JCtorum opera visum sit dignum, Augustum ejus allegare fundatorem: quod alias tamen solet fieri, quotiens jus aliquod ex ejusmodi emanat fonte. Quo accedit, quod nulla proponitur difficultatis ratio, quin, si primum in aliqua actione datum esset exemplum, tantam vim adtribuamus consuetudini atque utilitatis sensui, ut brevi tempore omnes actiones, quarum quidem in formulis satis inesset amplitudinis, saluberrimae innovationis fierent participes. Omnino in jure Romano quidquid civile est summaeque rationi adaptatum per consuetudinem et prudentium responsa, quidquid vero singulare est et contra juris tenorem, saepius per imperatorum constitutiones vidimus introductum.

cujus natura atque aestimatio non de damno dependet, a creditore fortasse probato, sed quae suos in se habet fines suasque conditiones. Bonae fidei judex eum, qui in mora esse probetur, in usuras ejus temporis, quo primum in mora esse coepit, condemnare omnimodo jussus est, ejus quod creditoris interfuit, moram factam non esse, minime habita ratione; id quod in emtionis venditionis contractu Hermogenianus disertis enuntiat verbis [2]:

> Venditori si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit, non omne omnino quod venditor, mora non facta, consequi potuit, veluti si negotiator fuit, et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit.

Huic quidem legi contraria esse alia ex Ulpiani lib. XXVII. ad edictum sumta [3], et ea quidem notissima, possit videri, ubi quaestionem Ulpianus proponit, num, si quis stipulatus sit, certo loco, exempli gratia Ephesi, pecuniam sibi solvi, et non soluta sit, totius ejus quod actoris intersit, Ephesi pecuniam solvi, in condemnatione judex debeat habere rationem? Et respondet Ulpianus, non modo id, quod pauperior factus sit actor propter debitoris moram, sed etiam quod habere potuisset, si justo loco ei esset solutum, venire in hanc actionem.

Sed falso, ut mihi quidem videtur, ad hanc legem in nostra recurritur quaestione, quippe in qua magnam inesse singularitatem jam primo appareat

---

[2]) L. 19. D. de per. et comm. r. v. Cfr. L. 13. C. de act. emt.

[3]) L. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco.

aspectu. Quid enim singularius est in jure civili, quam in damnis decidendis etiam lucri haberi rationem? Hujus autem singularitatis ratio non in mora, quam passus est creditor, sed in eo potius quaerendum est, quod de pecunia agatur, cujus certo loco promissa est solutio. Cujus rei Praetor singularem comparaverat actionem, quam in arbitrariarum numero fuisse praeter multos alios Justinianus est testis [4]). Magnum autem inter arbitrarias et bonae fidei actiones fuisse discrimen, satis videtur compertum [5]). Arbitrariae enim actiones cum ex aliis tum ex hac praecipua causa sunt introductae, ut liberrima sit judicis arbitrive ejus quod intersit actoris aestimatio [6]), omnibus remissis quibus bonae fidei judex restrictus est frenis atque finibus; ratio autem tantam in proposita actione judici libertatem dandi ea fuit, quod optime Praetor intellexit, saepissime magis interesse actoris, certo loco sibi, quam certo tempore solvi. In singulari illa actionis qualitate quaerendam esse singularis nostrae decisionis rationem quamvis jam Glossa agnoverit, tamen Madai [7]) negandum esse putat, interpretationem substituens plane inanem omnique fundamento carentem; non enim video, qua ratione ille possit contendere, minorem esse hac in re aestimatio-

---

4) §. 31. J. de action. L. 1. D. de eo quod c. l.

5) Donellus Opp. X. p. 1075. v. Savigny Syst. V. p. 132. —

6) Condemnatio in his actionibus concepta erat in *quanti ea res (est) erit*, qua formula summa exprimitur judicis aestimandi ejus quod interest libertas: id quod innumeris probatur exemplis. Cfr. v. Savigny l. c. V. p. 88.

7) v. Madai. l. c. p. 385.

nis difficultatem, neque ignotum fuisse debitori, quantum ex ipsius mora creditor pateretur damnum. Contrariam esse Madai respondit nostrae interpretationi Africani quandam decisionem [8]), qua colono ait, si prohibeatur a locatore quominus fruatur fundo, tantum ab illo esse praestandum, quanti ejus interfuerit frui: in quo lucrum etiam contineri Africanus addit. Quae decisio dummodo hujus contractus contemplamur naturam, nullam in se habet singularitatem: solet enim in lucro, quod capimus e fructibus illud consistere, propter quod nostra interest, fundum conducere. Quod si vetaretur lucri fieri aestimationem, saepissime nihil consequeremur. Accedit quod qui suum colonum, quominus fundo fruatur, prohibet, in dolo versatur, et doli ampliorem in bonae fidei judiciis quam solius culpae esse praestationem, satis videtur conveniens.

Nullam igitur in nostra quaestione inter Ulpianum et Hermogenianum esse pugnam satis jam probatum esse opinor, nec, quia diversa est Ulpiani species, ullam mutationem ex ea patitur regula, quam supra proposuimus.

Communem autem esse omnibus bonae fidei actionibus, nec in solam emtionem venditionem restringendam hanc regulam, non solum e generali Marciani sententia, sed etiam ex aliis locis, ubi de singulis quaestio est contractibus, satis videtur probabile. Expressim praescripta est usurarum prae-

---

[8]) L. 33. D. locati. — — nam et si colonus tuo fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere, ne id faciat, possis, tantum ei praestabis, quanti ejus interfuerit frui: *in quo etiam lucrum ejus continebitur.*

statio in actionibus *locati conducti* [9], *mandati* [10], *depositi* [11], *pigneraticia* [12], *negotiorum gestorum* [13], et si in solvendis *fideicommissis* ab herede mora sit facta [14].

Quo vero probabile fiat, praeter usuras aliquid propter moram esse praestandum in bonae fidei judiciis, ne unum quidem in juris nostri libris reperio locum [15].

§. 7.

Continuatur.

Quid tandem in bonae fidei judiciis de illo dicendum, qui non pecuniam sed aliam rem debet, et in ea solvenda moram fecit? Usuras quidem ab eo praestari non posse manifestum est, quippe quae, nisi de pecunia vel de alia re, quae in pondere, numero,

---

9) L. 17. §. 4. D. de usur.

10) L. 10. §. 3. D. mandati.

11) L. 25. §. 1. D. depos.

12) L. 13. §. 7. D. de pignorat.

13) L. 38. pr. D. de neg. gest.

14) L. 39. §. 1. D. de legat. I. Pauli rec. sentt. III, 8.

15) Nec mirum! plus enim quam verisimile fit, Labeonis illo responso quod citavit Pomponius in L. 60. D. pro socio, bene intellecto, in locum ejus quod interest, successisse ob moram usurarum praestationem. Cujus innovationis praeter ipsius rei rationem maximam sine dubio ansam dedit rerum expediendarum utilitas, quum in causis dijudicandis difficillima sit ejus quod in pecunia re vera intersit probatio. Cfr. supra n. 1. Gerh. Noodt l. c. p. 236.

mensura consistit, debita, nunquam praestentur. Et certe verum est, fructus accessionesque atque omnem rei causam omni modo a speciei debitore in b. f. contractu esse petendam [1]), sed videamus, num ex mora proficiscatur illa obligatio: id quod quamquam a plerisque non modo veterum scriptorum sed nostratium etiam inter morae enumeratur effectus [2]), plane negandum esse, equidem arbitror.

Quod quidem ad fructus attinet et accessiones rei, manifesti juris est, omnes quos post perfectum contractum ante rei traditionem debitor perceperit fructus, nec minus quidquid accessionis nomine per idem temporis spatium rem auxit, in bonae fidei venire judicium. Cujus juris rationem Paulus [3]) merito in generali juris praecepto quaerendam esse ait, *quod apud quem rei sit periculum, apud eundem et commodum esse debeat* [4]). Idem Paulus in L. 38. D. de usuris, ubi ex professo de fructuum agit restitutione, causarum profert varietatem, e quibus una cum re etiam fructus sint petendi: inter quas etiam emtionis aliorumque bonae fidei contractuum facit mentionem, sed moram venditoris hujus obligationis esse conditionem neque ex hac neque ex ulla alia decisione potest colligi: quod si acciperemus, dicendum esset, si interpellanti creditori statim rem tradidisset debitor, fructus accessionesque eum fuisse retenturum. Quam

---

[1]) L. 13. §. 13. D. de a. e. v. L. 4. §. 1. L. 38. D. de usur. L. 39. §. 1. de legat. I.

[2]) Arumaeus l. c. p. 289 ff. Contius p. 178. v. Madai l. c. §. 51. Wolff l. c. §. 38.

[3]) L. 7. pr. D. de per. et commod.

[4]) §. 3. J. de emt. vend. L. 10. D. de R. J.

opinionem aequitati non modo sed manifestis contrariam esse juris civilis praeceptis nemo certe erit, qui negandum putet.

Sed possit quaeri, num, mora interveniente eo forsitan augeri obligationem dicendum sit, quod moram faciens in tradendo debitor, non modo quos ipse percepit fructus, sed eos etiam quos percipere potuit creditor, qui hodierno sermone percipiendi solent vocari, et vero etiam omnem rei causam, quae in fructuum fructibus foetuve secundo consistit, restituere debeat? Quod si foret probatum, *omne id quod intersit* amplecti morae obligationem, quamvis neutiquam esset indubitatum, tamen majorem haberet probabilitatis speciem. Toties autem rei causam praestari, jure constitutum est, quoties agitur de alicujus rei restitutione [5]), quod tunc locum habet, si nullo jure aliena res detinetur, vel vi aliquid metusve causa possidetur [6]). Et quod ad malae fidei adtinet possessorem, hunc omni modo ad omnium fructuum, non solum eorum, quos ipse percepit, cogendum esse, Papinianus testis est [7]), quod vero ad bonae fidei possessorem, ab illo post litem contestatam non modo exstantes, sed eos etiam, quos ipse percipere potuit, fructus restituuntur [8]). In neutra autem obligatione, uti supra jam vidimus, morae vis cernitur. Ideirco enim a rei alienae possessore omnes praestantur fru-

---

5) L. 35. 75. 246. §. 1. D. de V. S.

6) L. 38. §. 5. 11. D. de usur.

7) L. 62. §. 1. D. de R. V.

8) §. 2. J. de off. jud. (IV, 17.) L. 22. C. de R. V. (III, 32.) L. 2. C. de fruct. (VII, 51.)

ctus, quia in actionibus in rem, et in rem scriptis, et in iis, quae ex delicto nascuntur, non rei tantummodo corpus, sed omne id in judicium deducitur, quod interest actoris, rem suam possidere sibi licuisse: quod quidem propter juris erga bonae fidei possessores benignitatem aliquam patitur limitationem. Longe diversa est bonae fidei actionum ratio, ubi non de restitutione quaeritur, nec quanti res sit [9]), sed de eo, quod ob eam rem, qua de agitur, reum actori dare facere oporteat ex fide bona [10]). Et re vera praeter ea, quae ex ipsius contractus obligatione praestanda sint rei debitae commoda, aliam et majorem quidem ex mora deberi causam, nusquam relatum est. Neque id me movet, quo documento qui aliter censent utuntur, Pauli responsum [11]) e libro XXXVIII ad edict. sumtum, cujus, quae ad nostram spectant quaestionem, haec sunt verba:

> Quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit.

Quodnam enim utilitatis est genus, quod verbis circa rem ipsam Paulus definit? qualem quantamque doctorum virorum hic attingam dissensionem, haudquaquam ignoro: quorum pars magna in hoc loco

---

[9]) De iis tantum loquimur formulis, quae in jus erant conceptae, haud inscii, in quibusdam b. f. actionibus veluti depositi et commodati, alias etiam in factum conceptas a Praetore fuisse comparatas.

[10]) Gajus. IV. §. 47.

[11]) L. 21. §. 3. D. de a. e. v.

fundamentum esse censuit inveteratae illius de damno, quod circa rem et de eo quod extra rem consistat doctrinae, quam prorsus inanem esse omnique carere fundamento merito illustrissimus De Vangerow observavit [12]): nihil aliud his verbis Paulum significare voluisse manifestum est, quam commodum ex ipsa re proveniens: quod quidem in pecunia etc. in usuris, in aliis vero rebus non tantum in fructibus consistit atque accessionibus (quae plerumque etiam mora non interveniente sunt praestandae), sed in eo etiam, quod res debita hodie pluris vel minoris valet. Id enim e notissimo sequitur exemplo, quo utitur Paulus ad id, quod docet, illustrandum. Ait enim in fine nostrae §. 1.: *crescere obligationem, ac vinum hodie pluris sit*: „merito, quia sive datum esset, haberet emtor, sive non: quoniam saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit."

Est igitur illud Pauli responsum nullo modo nostrae sententiae contrarium. Immo est dicendum, ita nostrae favere opinioni, ut inferiore hujus dissertatiunculae loco hoc ipso uti posse ad probandum aliquid, quod nostra maxime probare interest, nobis videamur [13]).

§. 8.

Continuatur.

Sed ne contra longaevam doctorum virorum sententiam temere rem novam defendere videamur, opus

---

12) Leitf. III. §. 571.

13) Cfr. §. 9. i. f.

erit, ut diligenter examinemus eos juris civilis locos, quibus uti solent, qui contrariam opinionem, ex mora ad id quod interest adversarii praestandum nos obligari, defendunt.

Qui novissime tractandae de mora doctrinae operam dederunt duumviri, quamvis in eo consentiant, omni modo id quod intersit, justo tempore solutionem esse factam, post moram praestari, nihilominus inter se dissentiunt de causis hujus obligationis ac fundamentis. Wolff enim (l. c. §. 37. p. 441 ff.) hanc obligationem communem putat esse fontem, e quo originem ducant omnes ceteri, qui morae adtribuantur effectus. De Madai (l. c. §. 50. p. 333.) autem principalem ait et unum fere morae effectum in obligationis consistere perpetuatione, e qua consequenter nascatur ejus quod interest praestandi obligatio. Wolff quidem ad suam sententiam probandam nulla e jure scripto profert testimonia. Madai generalem illam de omni utilitate praestanda regulam contineri putat in locis hisce:

L. 17. §. 1. D. de R. V.

L. 8. §. 6. D. de precar.

L. 114. D. de V. O.

L. 8. D. de usuris.

Sed minus accurate haec fragmenta virum clarissimum pro testimoniis in hac quaestione exhibuisse non erit difficile ad ostendendum.

Loquitur enim L. 17. cit. de possessore rei alienae, qui arbitratu judicis speciem aliquam restituere jussus moram facit in restituendo. Quem praeter fructus omnem etiam rei causam domino restituere, Ulpianus jubere videtur. Si ea duntaxat, quae

quae **Madai** exhibuit [1]), legimus fragmenti verba, negare non possumus, in hac quidem re, secundum Ulpianum, e mora obligationem nasci ad id quod interest praestandum: quod si priorem adspicimus, quam exhibere Madai neglexit, legis partem, manifestum erit, longe aliam hoc loco ab Ulpiano tractari quaestionem. Priora enim §. 1. citatae haec sunt verba:

> Si moram fecerit in homine reddendo possessor et **homo mortuus sit** et fructuum rationem usque ad rei judicatae tempus spectandam esse: Idem Julianus ait, non solum fructus, sed etiam omnem causam praestandam etc. etc. —

Quo apparet contextu non de hac agi quaestione, crescatne e mora possessoris obligatio, sed de ea potius, quomodo aestimanda sit species ante restitutionem peremta: de mora ob id solum in hoc loco movetur quaestio, quod, si mora facta non esset, omnino aestimatio non foret praestanda, si quidem bonae fidei fuerit possessor.

Nec dicat aliquis, mora id esse effectum, quod in aestimationem omnis veniat causa, quam praestandam esse a quolibet alienae rei possessore testis est **Gajus** L. 20. D. de R. V.; nec minus innumerabilibus aliis Dig. locis declaratur, quoties restituere aliquis debeat, tantum adversario esse praestandum,

> **ut omne habeat possessor, quod habiturus esset, si eo tempore, quo judi-**

---

[1]) exhibet ita: Si **moram** fecerit in homine reddendo possessor — — — non solum fructus, sed omnem caussam praestandam.

cium accipiebatur, res fuisset restituta [2]).

Denique etiam illud est observandum, quod non levis inter omnem causam et omne id, quod interest, differentia intercedat.

Ac secundae quidem, quam Madai exhibuit legi (L. 8. §. 6. D. de precar.), quae de mora loquitur ab eo facta, qui precario rem accepit, ex variis rationibus omnis deneganda est in nostra quaestione vis probandi. Primum enim de precario agit i. e. de re, quae non juris est, sed facti [3]) — tum improprie morae utitur notione, quoniam aut dolo facit, qui precariam injuste retinet possessionem, aut, si dolo caret, nihil omnino praestat (cfr. infra §. 10.). Denique haec quoque lex de causa duntaxat loquitur, ejus quod interest nulla habita ratione.

Quid vero dicendum de L. 114. cit. [4]), lege a multis quidem tractata, a paucis satis intellecta [5])? Primum id observandum, fundum praestare non idem esse (quod plerique putare videntur) ac fundum dare vel tradere. Consulto certe Ulpianus generalioris significationis elegit verbum, in quo ille inest sensus, ut generaliter exprimat, debitorem promisisse, ut certa die stipulator haberet fundum, non dicat, quam ad utilitatem: agit igitur, uti jam Contius l. c.

---

[2]) L. 20. D. de R. V. L. 35. L. 75. L. 246. D. de V. S.

[3]) cfr. Hasse culpa. ed. I. p. 499.

[4]) Si fundum certa die praestari stipuler, et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecuturum me, quanti mea interest, moram facti non esse (Ulpianus).

[5]) Cfr. Contius tract. de mor. c. IV. Madai l. c. p. 95. 123.

recte observavit, lex nostra non de obligatione, quae in dando, sed de ea, quae in faciendo consistit: qui enim praestare aliquid promittit, id semper agit, ut caveat, ne quid ipsius culpa fiat, quo minus creditor habeat quidquid obligatione contineatur: quod nisi fiat, omnimodo habeat id quod ipsius interest actor [6]). Ejusmodi igitur stipulatio immediate, ut ita dicam, et directe solam utilitatem i. e. id quod interest amplectitur. Perinde est atque si ita creditor fuerit stipulatus: spondesne mihi dare quanti mea intererit, me certa die culpa tua fundum non habuisse? — Quo apparet proprio sensu morae significationem in ejusmodi obligatione locum non habere.

Ad ultimum venimus Madaii testimonium. In L. 8. D. de usur. de notissima Papinianus loquitur regula, in fideicommissis a morae momento heredis incipere obligationem ad causam rei relictae praestandam. Quae quidem obligatio ex juris rigore statim haberet locum, quia apud quem periculum est rei creditae ei etiam commodum debet accedere: sed benigniore fideicommissorum jure heredi ut fructus et causam habeat permittitur, donec interpellatio legatarii huic lucro faciat finem [7]); post moram vero omnem restituere debet causam, cui et foetus secundus sine dubio erit adnumerandus: generalem autem ad id quod interest praestandum e mora

---

[6]) Huschke, Zeitschrift für gesch. R. W. B. XIII. p. 251.

[7]) L. 3. pr. D. de usur. L. 23. D. de legat. I. L. 1. 2. 4. C. de usur. (VI, 47.).

nasci obligationem, ne verbo quidem Papinianus indicat.

Quid ergo? si verum est, nulla eum, qui rei e bonae fidei contractu tradendae moram faciat, nisi quae etiam nulla mora interveniente passurus sit, sequi incommoda, nonne aequitati, quae tamen in his actionibus praecipue est praestanda, hoc valde est contrarium, praesertim quum ab eo, qui pecuniam debet, semper usurae sint petendae? Quem quando velit quum liceat creditori in mora constituere, ita ut ipsi fiat utilis obligatio, qua tandem ratione possit defendi, non idem illi licere, cui species debetur, ita ut per interpellationem avertat damnum, e traditionis cessatione sibi imminens? Quid enim interest, constitui reum in mora, si nihil aliud consecuturus sit, quam quod, si minus facta esset mora, nihilominus fuisset consequuturus?

Et omnes illas interrogationes justis carere responsionibus, confiterer, nisi alia exstaret causa, propter quam maxime interesse deberet actoris, in mora reum esse constitutum. Quae etiam aequitati magnopere videtur congruens, si quidem civilis in eo consistit aequitas, ut tribuatur cuique, quidquid ex sui juris natura habere possit et debeat, item ut par sit in negotiis utriusque rei causa. Quum igitur, ut supra vidimus, in certos fines definitumque modum refrenatum sit, quod ad usurarum praestationem pertineat, judicis officium, pro incerta utilitatis aestimatione (quae si de dolo agitur sine dubio ei est concedenda) aliud ex jure comparatum est actori commodum, hoc scilicet, ut pro jure incerto atque periculoso post moram habeat obligationem certam perpetuamque, quae nullo jam potest perire nec deminui casu.

Neget fortasse aliquis, usuris posse comparari id quod in liberatione a rei periculo continetur emolumentum, quippe in qua nulla insit, quae pretio taxari possit, utilitas. Cui respondeo, licet pretio certo hoc commodum nullo modo sit aestimandum, tamen, quoties de pretio alicujus rei agatur, multo majoris perpetuae, quam ejus, quae quotidie potest exstingui, valere taxationem. Quid enim, si de hereditate agatur vendenda vel aliis, e quibus actionum cessio fieri solet, negotiis? Nec alienam esse hanc sententiam a juris Romani principiis, testis est Scaevola[8]), qui nauticum foenus ex ea ratione censet defendendum, quia foenoris quantitas periculi suscepti debeat esse pretium. Eodem autem jure erit dicendum, per liberationem a periculo tanto augeri substantiam ejus, ad quem ipso jure spectabat, quanti arbitrio boni peritique viri aestimetur interitus vel deteriorationis periculum. Perpetuata enim obligatione totum illud venit in aestimationem, quo, ex quo primum petitum est, deterior res est facta[9]).

§. 9.

Continuatur.

Satis igitur concinne res sese habere videtur, ubi de pecunia agitur et de certa debita specie. Quid tandem de his dicendum causis, ubi nec pecunia, nec species, sed genus aliquod in obligatione invenitur?

---

8) L. 5. D. de naut. foen.

9) L. 2. D. de usur. Quale est quum petitur tale dari debet. (Papinianus).

tum enim neque de usuris praestandis neque de obligatione, quae jam per se perpetua est, perpetranda potest esse quaestio. Num omni in ejusmodi obligationibus moram dicamus carere effectu? et frustra quidem in legum, quibus utimur complexu certas quaesivi de hac causa decisiones; nihilominus ex generalibus juris civilis principiis haudquaquam dubito, quid in hac re sit respondendum. Puta ad epularum usum pecudem quandam a me esse emtam certa die praestandam, et moram per venditorem esse factam: ita ut magno cum sumtu aliunde aliam pecudem cultro debuerim comparare: nonne obstrictus mihi erit promissor ad id praestandum quod mea interest, tempore convento rem venditam me habuisse, quae in genere consistat? eadem certe est causa, si certa quidem die non promisit, sed interpellatus pecudem non tradidit. — Respondeo: in utraque conditione tum praestandum esse id quod interest creditoris, quum debitoris dolo factum est, quo minus genus debitum justo solveretur tempore.

Ita enim rescriptum est a Diocletiano et Maximino [1]:

> Quum venditorem carnis, fide conventionis rupta, tempore placito hanc non exhibuisse proponas, ex emto actione eum, quanti interest tua, tunc tibi praestitam fuisse, apud praesidem provinciae convenire potes.

Quae constitutio, quamvis principaliter imperatores de genere rescribant praestando, nihilominus summi in tota, qua de quaerimus doctrina, est mo-

---

[1]) L. 10. C. de a. e. v. (IV, 49.).

menti. Generalem enim de causa tardioris solutionis praestanda continet regulam, cujus quidem obligationis fidem ruptam legislatores ajunt esse causam. Nisi fides interveniat rupta, nulla venditorem ad emtoris utilitatem praestandam sequitur obligatio; id enim per argumentum, quod vocare solemus a contrario e constitutionis sequitur verbis. Cujus generis si quis dicat in rescriptis periculosum esse argumentum, huic respondeo, si non quaerenda esset in fide rupta decisionis ratio, novam percipiendam esse et insanabilem quidem legum dissonantiam. Quid enim quod Paulus loco jam saepius citato [2]) diserte dicit, ex sola mora nunquam nasci omnis utilitatis praestandae necessitatem; potest enim stare per venditorem, quominus tradat, nullo omnino nec dolo, nec culpa interveniente. Aliter sane Paulus respondisset, si fidem ruptam habuisset in mente, id est dolum, uti proponitur Diocletiani rescripto: nescio enim quo pacto qui dolo fecit, quo minus traderet, a totius damni, quod passus est creditor, praestatione possit excusari. Discrimen igitur utriusque casus in animi quaerendum est pravitate: nisi forte quis putet, esse aliquam inter carnem et triticum ad utilitatem praestandam differentiam. Confirmatur ea sententia per aliud etiam eorundem imperatorum rescriptum [3]), in eodem titulo receptum:

> Si traditio rei venditae juxta emtionis contractum procacia venditoris non fiat, quanti interesse compleri emtionem fuerit arbitratus

---

[2]) L. 21. §. 3. D. de a. e. v.

[3]) L. 4. C. de a. e. v.

> Praeses provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.

Quodsi de sola loquuti essent mora, certe non tam vehementi verbo (procacia) usi fuissent imperatores.

Denique illud est iis, quae in genere consistunt, cum ceteris obligationibus commune, ut si dolus interveniat, omne praestetur, quod interest actoris, dolo nihil esse commissum nec omissum. Quid tandem si sola in quaestionem veniat mora, id est, *si interpellatus in ejusmodi obligatione, debitor non solverit?* Sed ne sic quidem omni carere moram effectu eadem §. 3. cit. idem testis est Paulus dicens:

> Non majorem fieri obligationem quod tardius agatur — quamvis crescat si vinum hodie pluris sit. Merito: quia sive datum esset, haberem emtor, sive non: quoniam saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit.

Quibus de verbis jam supra §. 7. disseruimus.

Atque a Pomponio illud confirmatur testimonium [4]:

> Si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur.

Habet igitur optionem creditor inter litis contestatae et morae tempus, quoties de vini agitur aestimatione. Egregie enim a Savignio observatum est [5], tempus quo vinum venit idem esse temporis momentum atque

---

[4]) L. 3. §. 3. D. de a. e. v.

[5]) Syst. VI. p. 210. N. 5.

illud, quo in mora debitor constitutus sit; proposuisse enim Pomponium, de traditione statim facienda inter reos contractus convenisse. Propter hanc igitur optionem utile est creditori debitorem habere in mora constitutum.

Idem ex Africani sequitur argumento [6]:

> Aliter in stipulatione servatur: nam tunc id tempus spectatur, quo agitur: nisi forte aut per promissorem stetit, quo minus sua die solveret, aut per creditorem, quo minus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.

Omnimodo igitur in ejusmodi causis, quarum natura neque usurarum praestationem neque obligationis admittit perpetuationem, ex interpellatione id proveniet creditori commodum, ut optionem habeat inter duo temporis momenta, ita ut possit crescere quidem sed nunquam diminui obligatio.

Sed alia, nec ea levis, vereor, ne contra eam, quam proposui, sententiam, fiat exceptio.

Non modo in bonae fidei contractibus, propter moram perpetuari obligationem, sed eidem in stricti juris actionibus locum esse effectui, neutiquam negandum. Immo omnes fere, quae de perpetuatione obligationis loquuntur, leges, principaliter de stricti juris obligationibus sunt scriptae [7], ita ut communis omnium, e quibus rerum species debentur, negotiorum, ille dicendus sit morae effectus. Similiter autem certi est juris, ab eo, qui e stricti juris obligatione pecu-

---

6) L. 37. D. mandati.

7) L. 91. §. 2. D. de V. O. L. 58. §. 1. D. de fidejuss. L. 24. §. ult. D. de usur.

niam debet, ex mora usuras nunquam praestari [8]), quod, nisi legibus diserte esset constitutum, nihilominus ex ipsa sequeretur ejusmodi actionum natura. Non enim, sicut in arbitriis, quae bonae fidei dicebantur, lis erat incerta, ita ut posset diminui vel crescere per arbitri aestimationem: certae formulae vinculo vinctus erat judex; quod nisi suam faciendo litem non potuit excedere [9]). Judicium directum erat, asperum, simplex [10]). Quamobrem qui pecuniae creditae carere noluit usu et fructibus, usurarum debuit efficere stipulatione, ut usurarum sibi nasceretur stricta obligatio [11]). Quod quum unicuique liceret, nullo jure vituperatur formularum illarum angustia atque nimia asperitas.

Quid autem, quod in illius generis judiciis, si quidem de specie agebatur in stipulationem deducta post moram nihilominus locum habuit obligationis perpetuatio? In qua quidem per se nihil inest, quod stricti juris actionum naturae atque indoli sit contrarium, quoniam lis neque augetur neque minuitur, neque ullo modo mutatur, hoc solo interveniente discrimine, ut, quod periculo fuit expositum, mora facta fiat perpetuum: unde ne minimam quidem formula patitur additionem vel subtractionem, quippe qua jam principaliter judex sit instructus, ut condemnationem non in rem ipsam, qua de agebatur, sed omnimodo in aliquam pecuniae conciperet summam [12]).

---

8) L. 38. §. 7. D. de usur. L. 24. D. de praescr. verb.
9) Gajus IV. §. 52.
10) cfr. Cicero pro Q. Roscio Comoedo. Cap. IV.
11) L. 24. D. de praescr. verb.
12) Gajus IV. §. 48.

Summi vero ea videtur quaestio momenti, hujus perpetuationis utrum similis ejus, quam in bonae fidei judiciis proposuimus, proferri possit ratio, an, deficientibus aliis causis ad culpam hic sit refugiendum? Quod quidem posterius, dummodo alia supersit interpretatio, ex argumentis supra exhibitis haud censeo esse probandum. Sed videamus quid sit valoris in obligationibus, quae ex stipulatu similibusve proveniunt causis? Certe ut quam minimis ambagibus rerum creditarum possit impetrari solutio. Quod si verum est, quibus tandem jure antiquo provisum erat cautionibus, quominus injustis incommodis per debitoris moram afficeretur creditor? Talibus tantisque, equidem arbitror, ut majus morae faciendae in condictionibus esset quam in bonae fidei actionibus periculum. Et primum videamus, si pecunia certa sit credita. Interpellatur debitor: non solvit: in mora est. Ad judicem itur. Agitur condictione certi, per Legem Siliam [13]) introducta. Quid porro? fit tertiae partis sponsio [14]). Condemnatur reus non modo in pecuniae debitae sed in sponsionis etiam summam, i. e. tertiam totius debiti partem. Nescio an in illo procedendi modo major sit quam in usuris praestandis actorum securitas, rei contra, quominus solvendi moram faciat, impedimentum majus.

Sin autem extra pecuniam alia condicebatur res certa (quam condictionem ex lege Calpurnia introductam esse, Gajus testis est), tertiae partis quidem sponsio non habuit locum: quae ideo fuit superflua, quod aliud exstabat remedium, quo potuit caveri, ne

---

13) Gajus IV. §. 19.

14) Eod. §. 171. Keller, Röm. Civilpr. I. p. 89.

ex mora debitoris pateretur damnum creditor, quod remedium nihil aliud est, nisi obligationis perpetuatio, cui quominus in condictionibus sit locus, nulla in hujus actionis formula obstat difficultas: quum apud veteres semel esset constitutum, ut ante moram quidem casuali rei interitu ipso jure debitor liberaretur, post moram nisi aestimationis solutione liberari non posset.

Nec video quo modo melius possit provideri utriusque rei utilitati. Nullum enim creditoris videtur periculum, qui quolibet momento per interpellationem debitore in mora constituto sese liberare potest a periculo: nullum debitoris, qui solutione justo tempore facta aestimationis praestationem utique potest evitare. Quisquis enim alteri rem aliquam promittendo se obligavit, tacitam adjecisse videtur conditionem: nisi forte res, antequam petatur, fortuito perierit casu: quare si semel res est petita, existere minime potest liberationis conditio, ita ut post interpellationem frustra peractam perpetua sit aestimationis obligatio. Quemadmodum quum res se habeat, sibi habebit quisque quod ex ipsius omissione provenit incommodum, nec de juris asperitate ulla potest esse querimonia. De culpa vero hic nulla proponitur quaestio, quum nonnunquam fieri possit, ut magis intersit creditoris, ut se liberet a periculo, quam ut statim fiat rei creditae solutio: evenire potest, ut sciat debitor, solutionem eo ipso momento factam incommodam fore creditori, et nihilominus constituatur in mora. Est enim bonae fidei aliquatenus locus et in stricti juris negotiis.

Jure, quo hodie utimur, merito sunt abolitae, quas nec Justinianus omnimodo vincere potuit, for-

mularum angustiae. Quare, quum penitus exaequati sint stricti juris et bonae fidei contractus, nullum amplius subest impedimentum, quominus, quod rationi est conveniens, quodque ex vera omnium obligationum natura sequitur, et inesse censeatur in cujusvis generis actionibus. Hodie igitur omnes obligationes, quae quidem pecuniam amplectantur, utiles fieri per usurarum ex mora augmentum, jure dicendum est.

§. 10.

De necessaria inter diversas negotiorum species, si morae notionem respexeris, facienda distinctione.

Quo melius illustremus quae superiore capite exposuimus, et ut amputemus, si quae supersint dubitationes, ad aliam jamjam transeamus, quae arcto cum superioribus continetur vinculo, observationem.

Est quaedam in nostra doctrina singularitas, quam hucusque a nemine, quorum mihimet copia fuit scriptorum, animadversam esse, etiam atque etiam miror. Ita enim de mora faciunt verba, quasi per se constet, nullum esse cujusvis generis in jure civili contractum, in quo nisi factum sit id, ad quod faciendum ex contractu reus se obligavit, morae notio non habeat locum. Nihilominus valde vereor, ne alia fuerit eorum, qui antiquis temporibus jura nostra condiderunt, sententia. Quid? quod in iis Digestorum titulis, quibus recepta sunt veterum JCtorum de actionibus depositi, commodati, pignoraticia, locati conducti, de precario responsa, morae verbi nunquam fere fit mentio, quum vix ullum in iis inveniatur responsum, quo subtiles

illae de dolo et culpa praestandis regulae in singulorum exemplorum decisione admirabili acumine non definiantur. Quid? quod in aliis titulis, scilicet quibus emtionis venditionis, et rerum creditarum verborumque obligationum adumbrantur principia, innumerabiles nobis se offerunt loci, quibus curiosissime ipsius morae pertractantur causae atque effectus. Qua ex singularitate id saltem nobis vindicandum esse opinor juris, ut inquiramus, num forte non fortuito id factum sit, ea emergente quaestione, num supradictorum contractuum ea forte sit natura, ut morae notionem omnino non admittant. Quod qualis quantique in proposita disquisitione sit momenti, nemo non videt.

Sit igitur venia nobis singulas dicti generis species curiosiori subjiciendi observationi, qua adparebit, in conjectura nostra num aliqua insit ratio, an fortuito potius res ita se habeat casu.

Et primum quidem videamus, quemadmodum se habeat

1. Depositum, cujus in directa actione latam duntaxat culpam venire, etiam dupondiis cognitum. Ei certe, qui rem aliquam deposuit, quolibet licet eam reposcere temporis puncto.[1], quam si depositarius non reddit aut in facultate aut in voluntate sita erit cessationis causa, ita ut dolo facere eum omnimodo sit dicendum. Quod si facultate carebat restituendi, distinguendum erit, utrum ex ejusmodi negligentia res sit peremta vel remota, ut doli merito arguatur: si minus, erit absolvendus: si vero reddere

---

[1]) L. 1. §. 22. 45. 46. D. depos. L. 11. C. eod. tit. (IV, 34.).

depositum non vult propter dolum et fidem fractam, famosam non evitabit condemnationem. In toto igitur depositi judicio id solum agitur, dolone sit aliquid commissum, necne. De mora quid hic dicendum? Et equidem opinor nihil proponi in illo negotio, cur inquirat judex, mora utrum facta sit, necne. Usurae num praestantur [2])? de perpetuata num agitur obligatione? De ea duntaxat quaestio est perpetuatione, cujus e dolo malo, non de ea, cujus e mora est origo.

Cogitari tamen potest rerum status, in quo moram factam esse, judicis intererit, si quidem ejusmodi rei proponatur depositum, ut non eadem species sed tantundem ejusdem quantitatis sit restituendum:

---

[2]) Contrarium possit videri nostrae sententiae Gordiani quoddam rescriptum (L. 2. C. depos. IV, 34.), quo generaliter declaratur, *in depositi actione, sicut in caeteris bonae fidei judiciis, ex mora venire usuras.* Quamvis sine dubio fieri potuerit, ut de ejusmodi casu rescriberet imperator, ubi de ea ageretur depositi specie, quae vocatur irregularis, ita ut rem ordinasset, nec novam, nec ab ea, quam defendimus, opinione divergentem: nihilominus hanc respuendam esse interpretationem censeo, qua si temere uteremur, magnus firmarum legum in dubium vocaretur numerus. Sed plus hac lege probari negamus, quam ei, qui rem deposuit, quae quidem ejus sit qualitatis, ut usurarum admittat praestationem, jus esse petendi usuras ex eo quo primum depositarium interpellavit tempore. Id vero ante Gordiani tempus juris fuisse neque hac lege neque ullo alio probari possit testimonio. Quodsi in veterum JCtorum responsis nihil invenimus, quo nostra reprobaretur opinio, quam ad capiendam ab ipsis sumus perducti, recentioris Principalis placiti is quidem debet esse effectus, ut judex ejusmodi depositarios dehinc in usuras condemnet, sed non, ut ita turbetur veteris civilis doctrinae elegantia atque concinnitas.

tunc enim quaeritur, ex officio judicis, num usurae debeantur, necne; quas quidem omnimodo post moram deberi manifestissime patet e duobus Papiniani responsis [3]). Et his duabus quidem legibus exceptis nullam reperies in toto depositi titulo morae factam mentionem [4]).

Quo nitatur fundamento incredibilis illa Wolffii [5]) sententia, sine culpa lata i. e. dolo moram committi non posse, ex hac ipsa apparebit observatione. Quid? quod utitur vir clarissimus ad novam probandam inauditamque opinionem lege 1. §. 22. D. depos., ubi nihil aliud Ulpianus docet, nisi hoc, dolo facere depositarium reposcenti rem depositam non reddentem, adjecta Marcelli verissima et paene trita observatione: non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti statim non reddat: quid enim, si in provincia res sit, vel in horreis, quorum aperiendorum repetitionis tempore non sit facultas. Periculosum videtur, talibus uti ad rem novam probandam argumentis. Si exemplum protulisset Wolff., in iis, quibus omnis culpa praestatur, negotiis, ex hac ratione a morae accusatione reum fuisse absolutum, quia dolo careret, tum, sine lata culpa moram committi non posse, quod

---

[3]) L. 24. 25. §. 1. D. depositi. Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam, ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque judicio depositi condemnandus est. Cfr. v. Vangerow, Leitf. III. p. 394.

[4]) Haud me fugit lege ult. etiam hujus tituli, quae extra fragmentorum ordinem ex Labeone est adjecta, morae contineri vocabulum: sed luce patet clarius, naturali eo loco, non civili verbum accipiendum esse sensu: minus distinctus Labeonis tempore civilis erat sermo.

[5]) Wolff l. c. p. 258 f.

per se contra rationem est, non careret aliquo certo juris scripti adminiculo: sed inde, quod in illius generis contractibus, in quibus praeter dolum nulla venit culpa, ob dilationem etiam, nisi quae dolo fiat, non tenetur reus, nihil minus quam ea sequitur sententia, omni modo moram dolo esse aequiparandam.

Porro videamus:

2. Commodati actionem, cujus quamvis abundet titulus acutissimis de culpa praestanda decisionibus, ne semel quidem morae facit mentionem. Differt a deposito illud negotium, quod non solum de dolo sed de culpa etiam praestanda is, cui res commodata est, teneatur. Quidnam igitur judicis officium? Quaerendum est, num is, qui reposcenti rem commodatam non reddit, culpa aliquid commiserit, quominus reddere posset, necne. De mora nulla quaestio, nec mirum; eodem enim, quo in depositi actione, res se habet modo: in hac una re cernitur differentia, quod in hac actione de usuris nulla potest esse dubitatio. Rerum enim, quae pondere numero mensura consistunt, commodatum fieri non posse ex ipsa sequitur negotii natura.

Venimus ad

3. Pignoraticiam actionem, qua creditor, qui pignus accepit, non minus quam commodatarius tenetur ad omnem culpam debitori pignus reposcenti praestandam [6]). Hoc titulo unum tantum receptum est responsum, ubi morae fit mentio: non eo quidem sensu, quasi moram fecerit creditor in pignore restituendo, sed ejus pecuniae ex mora usuras praestandas esse Paulus decidit, quae debito subtracto post

---

[6]) L. 13. §. 1. D. de pign. act.

pignoris venditionem creditoris permansit in manibus [7]).

Quod adtinet ad

4. Locati actionem, nullam invenio legem, qua dicatur, moram fieri a conductore rem, quam alius ei locavit, justo tempore non restituente: bis quidem in hoc Digestorum titulo morae fieri mentionem video, quarum legum altera, et satis ea cognita, sumta e Pauli XXXIV. ad ed. libro [8]), de locatore loquitur, qui colono fundi fruendi non praestat patientiam ideoque comparatur in mora constituto; — altera ejusdem Pauli (lib. V. Responsorum) quaestionem tractat, num de usuris etiam natis e pensionum mora teneatur conductoris fidejussor: quod justum esse Paulus respondet [9]).

Denique superest:

5. Precarium, quo interdicto dolum ejus, qui precario rogavit, contineri Ulpianus testis est [10]). Quamvis enim inter civilia negotia non sit precarium [11]), is tamen, qui precario rogavit, a praetore cogitur ad

---

7) L. 7. D. eod. (Paulus lib. II. sentent.). Si autem tardius superfluum restituat creditor, quod apud eum depositum est, ex mora usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est.

8) L. 24. §. 4. D. loc. cond. Verba legis huc pertinentia haec sunt: Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget — — sua est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest. — Quodsi paucis diebus prohibuit, deinde poenitentiam agit, omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet.

9) L. 54. pr. D. loc. cond.

10) L. 8. §. 3. D. de precario.

11) Hasse, culpa. ed. I. p. 499. Cfr. supra §. 6.

restituendum actorem in pristinam conditionem, si quidem dolo fecit, quominus res salva esset domino. In hac etiam causa, sicut in caeteris a nobis allatis, morae notio, ut ita dicam, doli consumitur quaestione; nec exstat ullum, quo possessionis restitutio, domini jussu non facta, morae nomine significetur, testimonium, praeter unum, quo de jam supra (p. 34.) quaestio erat, fragmentum [12]).

§. 11.

Continuatur.

Ex supradictis quum, ut equidem opinor, satis appareat, quibus rationibus commoti juris quo utimur conditores in quibusdam speciebus silentio praeterierint morae notionem, videamus, quo tandem generali vinculo inter se contineantur singula illa negotia: id quod, si quidem circumspicimus, quae propriae sint harum qualitates, intellectu non videtur difficile. Quibus primo sane adspectu id animadvertimus esse commune, ut agatur in iis de rerum restitutione, quae si minus fuerint in actoris dominio, necessario tamen aut fuerunt in creditoris possessione, veluti precarium ac pignus, aut ex ea nunquam exierunt, velut depositi, commodati, locati in actionibus. Ut enim, id quod jam observavi in singularum causarum enumeratione, hoc, ubi de generali ratione agitur, repetam loco: superfluum erat morae movere quaestionem, ubi simulac de dolo culpave adversarii docuit actor, nil habet amplius, quod sit probandum. Cui bono, quaero, novam huc attrahamus neque eam

[12]) L. 8. §. 6. h. t.

admodum simplicem juris notionem, ubi ad causas decernendas sufficiunt naturales illae, quando pro culpa aliquid nobis sit imputandum, regulae? Quaenam utilitas in fugiendo ad id, quod licet alias magnopere sit utile, in his tamen actionibus nullum potest exhibere commodum? Nego hunc eorum morem fuisse JCtorum, quorum admiratione stupuerunt saecula, ut merae doctrinae gratia aliquid scriberent vel constituerent, nisi quod ad vivum proficeret in foro usum: illorum id potius erat studium, ut quam simplicissimas invenirent regulas ad instruendum quam optime in causarum varietate grave illud judicis officium.

Sed quaeret aliquis, cur tandem non idem in reliquis negotiis sit dicendum, in quibus id potius agitur, ut obligemus nobis aliquem ad faciendum aliquid vel ad res dandas, quae eousque nec in nostro fuerunt dominio, neque in nostra possessione, veluti in emtione venditione et negotiis huic similibus, et in mutui contractu iisque, quae e stipulatu nobis adquiruntur obligationibus. Num in iis quoque nullius utilitatis est quaestio, utrum dolo culpave facta sit dilatio necne, et quae tandem potest afferri ratio, qua commoti contendere possimus utile esse hic, quod inutile esse illic supra demonstravimus?

Verum enimvero est permagna inter utramque speciem differentia. Quid? si rem meam apud aliquem deponam, vel alicui commodem, vel pignori dem, certum quidem est, inde mihi nasci obligationes et actiones. Quodsi quis dicat, eum esse principalem ac proprium eorum, qui ejusmodi negotia contrahunt, animum, — hoc verum esse haud plane concedimus. Rem meam deponendo principaliter videor id facere ob hanc causam, ut sit in tuto; si commodem, ami-

cale mihi est animus praebendi servitium; si pignori dem, securitatem alicui sum praestaturus, ut mihi credat pecuniam: sed quidquid horum facio, rem meam e dominio meo meave possessione exire neutiquam patior; permanet res in mea substantia cum omni sua causa; sed ne damno afficiar ejus, a quo rem detineri passus sum, culpa, actiones mihi ex his contractibus secundum juris aequitatem sunt comparatae.

Aliter in diversi generis contractibus rem sese habere, manifestum est, quippe in quibus, rei ipsius loco obligationem in bonis me habere dicendum sit. Est igitur obligatio, si barbaro uti licet sermone, rei surrogatum.

Quum primum igitur creditor eam elegerit partem, ut pro surrogato rem ipsam velit habere in bonis, interpellatione declarabit, juris, quod ad praestationem debitoris ipsi competit, jamjam se facturum esse usum. Cujus declarationis efficacior, quam in diversis causis, in his debet esse effectus. Est enim haec sola obligationum species, quarum natura ea admittit principia, quae jure Romano de perpetuanda obligatione et de usuris praestandis recepta esse, supra [1]) ostendimus. Nam in his solis negotiis justa jubetur aequitate, interpellatione, quae nihil aliud est, quam voluntatis faciendi juris usum declaratio, vel efficiendi, ut aut periculum rei devolvatur in debitorem, aut usurarum nascatur obligatio. Cujus rei, si quae supra sunt dicta revocamus in mentem, nulla potest superesse dubitatio: de obligatione enim perpetuanda tunc demum loquimur, si antea talis existebat, quam casu potest amittere creditor, quia perpetuatur, quod

---

[1]) Cfr. §. 6.

eo usque non fuit perpetuum. Quod si res mea perit, quam deposui, vel commodavi, vel pignori dedi, plerumque etiam depositi, commodati, pignoris obligationes me amittere notum est: is autem, ut ita dicam, mediatus est atque accessorius rei peremtae effectus, cujus principalis ac proxima ea est causa, quod exstinctum est rei peremtae dominium vel potestas. Deletae igitur actionis hic proxima est ratio, quod nihil factum est a creditore, quo ad rei aestimationem teneretur praestandam. Aliter in diversi generis dicendum est negotiis, in quibus nullum omnino in re debita creditori jus competit, nisi personalis illa obstrictio, ut rem det debitor vel tradat: amittit igitur obligationem non sicut in superioribus causis ex regula *casum sentire dominum,* sed quia omnium obligationum ea est natura, ut finiantur praestatione impossibili facta: quod hac demum praesumtione, ut supra vidimus, potest probari juris ἀξίωμα, ut in potestate sit creditoris, quando velit interpellatione avertere damnum et obligationis parare perpetuationem.

§. 12.

De juris laesione per moram effecta.

Ut breviter comprehendamus quae hucusque ostendere conati sumus, hae fere sunt, quae, si verum sit quod exposuimus, inde sequuntur sententiae:

1) Eos quos morae leges adtribuant effectus e culpae notione non posse deduci.
2) Si debitoris culpa morae necessaria esset conditio, ampliorem esse debere, quam jure civili

per moram fieret, obligationis mutationem pleniusque ejus augmentum.

3. In iis quidem obligationibus, quae pro rei ipsius debeant valere surrogato, necessariam esse quandam notionem, a voluntate debitoris non dependentem, qua efficiatur, ut aequa subsit inter creditorem et debitorem conditio.

In hac autem argumentatione, quam eo consilio instituimus, ut deduceremus, *imputationem personalem* a mora prorsus esse alienam, in una tamen semper versati sumus sententia, quam exprimere hoc loco necesse est; quamquam enim eis contradiximus, qui moram ab imputatione secerni non posse affirmant, nihilominus cum eis omnimodo consentimus, qui sine juris laesione moram committi non posse contendunt: quae praesumtio totius nostrae probationis caput est atque fundamentum, quippe quae ab ea initium ceperit contemplatione, laesum omnimodo esse per moram debitoris jus creditoris, quo minus obligationes, quae ejus est, usum faceret, impediti.

Sed quaerat aliquis, num sine culpa juris laesio possit habere locum? Brevissima huic quaestioni sufficere videtur responsio. Potest sane: nam nisi posset, omni ratione careret et rerum ineptarum plenum esset jus civile. Sunt enim innumerabiles causae, quibus optima fide aliena possumus laedere jura, cujus rei me taedet afferre exempla. Una sufficiat generalis observatio: si diceremus, culpa deficiente cessare juris laesionem, idem esset, atque si putaremus, omnium actionum culpam necessarium esse fundamentum, quoniam e juris tantum laesionibus nascuntur actiones: quae opinio prae se ferret ineptiae maculam. Quisquis autem moram innocenter

committit, similis videtur ei, qui rem alienam sine mala possidet fide: uterque tenetur, quia per eum stat, quominus jure suo actor possit uti frui.

Quae quum ita sint, cessaret morae notio, quoties posset probari, licet interpellanti non satisfactum sit, juris laesionem re vera non habere locum, quod in iis fit casibus, in quibus propter aliquam debitoris excusationem moram factam esse, leges negant [1]). Sunt qui putent, his solis probari excusationibus, sine culpa aliqua moram committi non posse [2]). Sed confundi horum opinione culpam cum juris laesi momento facile est ad ostendendum. Quod enim per se sequeretur, etsi nulla in legibus ejus facta esset mentio, expressim jure civili declaratum est, toties morae nunquam fieri locum, quoties justa creditor contra petitionem munitus sit exceptione [3]). Exceptionis enim ea est vis, ut justum sit, quominus aliquis jure suo utatur, impedimentum: nec dici potest, jus nostrum laedi, quamdiu a jure ipso parata est dilatio: nec magis potest dici moram fieri, quae dilatio est contra jus commissa. Quoties enim injuriam facit creditor petendo, suo jure utitur reus solutionem recusando.

Haec quidem nullam dubitationem admittere videtur causa. Quid vero, si ignoravit debitor se debere vel statim peti posse debitum? quid si in justo versatus de suo obligatione dubio, ut Ulpiani utar

[1]) Cfr. §. 4.

[2]) v. Vangerow, Leitf. III. p. 140. v. Madai l. c. p. 80.

[3]) L. 54. D. de pactis. L. 78. pr. D. de legat. II. L. 21. D. de usuris.



verbis, jus suum derelinquere nolit et judicium accipere paratus sit [4])? tum quamvis justissima subsit erroris causa, juris tamen omnimodo fieri laesionem dicendum est. Nihilominus, quoties ita se res habet, a morae effectibus liberandum esse debitorem variae leges affirmant [5]). Quae decisio nullam habere videtur rationem.

Verum enimvero facile est ad probandum in generali illa Romanorum de justo errore doctrina potius sitam esse, quam in vera morae negatione hujus regulae causam. Quum enim primum a juris auctoribus constitutum esset, facti nemini nocere justam ignorantiam, ipso fere sequi debuit jure, eos etiam qui tardius solvendo jura aliena laeserint, liberari a morae incommodis, si modo justam haberent causam ignorandi ad solvendum se esse obligatos. Alioquin in universo jure civili mora una esset atque sola causa, in qua justa facti ignorantia nihil omnino prodesset erranti. Hic enim haud inepte facimus, si de vera morae loquimur excusatione, licet a civili sermone aliena sit haec expressio. In omnibus autem, qui huc pertinent, locis, bonam fidem justa causa probatam id esse momentum, propter quod a morae incommodis reus nonnunquam absolvatur, haud ambigue exprimitur [6]). Non minus qui bona fide rem alienam possidet juris laesionem videtur committere: sed propter doli absentiam liber est a plerisque hujus injuriae incommodis.

---

[4]) L. 24. pr. D. de usur.

[5]) L. 63. L. 42. D. de regul. jur.

[6]) L. 21. 22. L. 24. pr. L. 27. D. de usur. L. 5. de R. Cred. L. 42. D. de R. J. Cfr. v. Madai. p. 72 ff.

Quae quum ita sint, meo quidem arbitratu, eo, quod in nonnullis causis mora non nocet, sine culpa moram committi non posse, haudquaquam probatur. Quin imo contrarium potius ex hac re sequi majore diceremus jure: quum si, ut liber aliquis sit a morae incommodis, sufficeret probare, culpa ipsum carere, superfluum certe fuisset, singulos eligere innocentiae casus, in quibus moram non nocere iterum atque iterum Romani affirmarent; qua de re, si vera fuisset regula *moram facere non videri*, *qui culpa careat*, nulla potuisset oriri quaestio.

§. 13.

De quibusdam argumentis, ab iis, qui nostrae opinionis defensionem susceperunt, non optime jure allatis.

Schömann [1]) quum observasset, in jure Romano culpae duos distingui gradus, morae unam esse et simplicem notionem, commotus est, ut novum inde peteret et ipsius quidem arbitratu non levissimum ejus sententiae, quam veram duxit, argumentum. Quod nobis quidem censentibus cum omnimodo, tum in jure civili perhorrescendas esse cujusvis generis cavillationes, neutiquam placet.

Facillime enim ab adversariis refutatur illud argumentum, si respondent: mora ejus culpae est species, quae in omittendo consistit. Videndum igitur in singulis causis, ad quemnam diligentiae gradum unusquisque obligatus sit ex lege contractus. Qui

---

[1]) Schömann, Lehre vom Schadensersatz. II. p. 13.

enim ad omnem tenetur culpam praestandam, et levissima in mora constituitur negligentia: sin autem dolum duntaxat praestet, nisi si dolo fecerit vel lata culpa quominus solvere posset, in mora esse non intelligitur. Nulla igitur — pergunt adversarii — Romanis fuit ratio duplicem distinguendi morae speciem vel gradum.

Quo magis mirandum, fuisse, qui, ut refutarent inane illud argumentum, ad eam refugerent sententiam, nisi lata culpa probata, morae notionem existere non posse. Quam ad probandam opinionem qualia proferantur argumenta, jam supra ostendimus (p. 48.).

Aequaliter falsa, licet a veritate minus remota Madaii [2]) videtur sententia, dicentis, levissimam semper ad moram efficiendam sufficere culpam. Eis enim, qui, culpae moram esse speciem, defendunt, consequenter erit dicendum, eisdem, quibus culpam, moram subjiciendam esse legibus.

Quae tamen si fuisset eorum, qui jura nostra constituerunt, sententia, admodum videretur mirum, quod, si moram factam esse significare vellent, non iisdem, quibus culpam, significarent, sed longe diversis verbis et dicendi modis. Quid enim quod nusquam fit mentio ejus diligentiae, quae in solvendo consistat? Quid? quod ejus desidiae vel negligentiae, qua opus sit ad culpam parandam — quid quod ipsius culpae ne semel quidem in illis fiat mentio legibus, quibus de mora continentur regulae [3]) ? Unde tandem illius

---

[2]) v. Madai l. c. p. 10.

[3]) Non me fugit quod Papinianus L. 9. §. ult. D. de usur. inculpatam ejus nuncupet moram, qui post mortem creditoris non habuit, cui solveret pecuniam debitam. Quo verbo



quaestionis, sitne mora facta necne, eximia difficultas? Quam ad utilitatem certae inventae sunt morae excusationes? Uno licebat verbo amputare omnes illas ambiguitates; dicamus scilicet, toties sequi debitorem morae incommoda, quoties solutionis dilatio ipsius imputanda sit desidiae, i. e. quoties ea careat diligentia, quam ad praestandam obligatus est ex natura negotii. Sed ex causis supra expositis factum est, ut utilius ducerent, a culpae conditionibus liberare morae notionem.

§. 14.

Continuatur.

Porro alterum Schömanni argumentum, quo urget, quod, quamvis in juris nostri complexu exactissimae sparsim enarratae sint culpae praestandae regulae, nihilominus mora specialis distincta sit tituli inscriptione, plane inane esse nulliusque momenti li-

---

quid velit Papinianus satis e verborum contextu videtur manifestum: non enim de vera loquitur, quae per interpellationem efficitur, mora, sed de conditione, quae in eo consistit, quod certa die pecunia non sit soluta. Si igitur eo, quod a contrario vocatur, uti velimus argumento, ita ut dicamus, quum inculpata sit in hoc singulo exemplo, alioquin omnimodo culposam esse moram, ad eam duntaxat perveniremus consequentiam: omnimodo ab ejusmodi conditionis incommodis eos esse tutos, qui nihil, quominus certa pecunia solveretur die, culpa fecissent. Quod quamquam probandum esse minime censeo, ex aliis tamen etiam rationibus dicti argumenti hic excludendus videtur usus.

benter concedo [1]. Sed ne ineptiae macula sequatur Schömanni, viri alias de jure civili optime meriti, memoriam, non reticendum esse censeo, obiter tantum et minus stricta, quam ad adversariis relatum est, forma Schömannum hac probatione fuisse usum [2]. Quem quidem ad deridendum non satis idoneum videtur exemplum illud a Rathjenio [3] inventum, postea a Madaio [3], auctoris nomen reticente, transscriptum et a Wolffio [4], Madaio tamen citato, repetitum: eodem jure dicendum esse, in emtionibus et venditionibus obligationem non fieri consensu, quia singulares habeamus de emtione et venditione titulos, sed desit in Digestis generalis titulus de consensu, quo fiat obligatio. Claudicat aliquantum haec similitudo: nullo enim Digestorum loco generalia de iis, quae e consensu oriuntur, obligationibus enarrantur praescripta.

Melius Schömann, nostra quidem sententia et famae et causae videretur consuluisse, si eam potius tractasset quaestionem, quam ob rationem hunc ipsum titulum neque alium Tribonianus morae definiendae assignasset locum. Non omni enim carere videtur illa

---

[1]) v. Madai l. c. p. 8. Wolff l. c. p. 255. Henning Rathjen l. c. p. 8.

[2]) Verba Schömanni huc pertinentia haec sunt: Einmal nämlich bedürfte es hiernach der vielen besonderen Fragmente, ja eines eignen Titelabschnittes über die Bestimmung der Widerrechtlichkeit der Zögerung gar nicht, indem sie alsdann nur nach den in unserm Gesetzbuch ohnehin weitläuftig erklärten Verhältnissen der Culpa zu beurtheilen wäre.

[3]) Rathjen l. c. p. 8. v. Madai l. c. p. 8.

[4]) Wolff l. c. p. 255.

quaestio momento, praesertim si observemus in nobili illa Digestorum parte positum esse nostrum titulum, quam ad specialem Papiniani honorem diligentissima cura compositam esse Justinianus[5]) affirmat. Ac profecto vicesimi et secundi libri principalis consistere videtur virtus atque utilitas in eo, quod ad judicis, praesertim in bonae fidei actionibus, instruendum definiendumque officium generalibus et iis quidem maxime necessariis refertus est regulis. Instruitur enim judex, utrinam e partibus sit imponendum probationis onus [6]), quibus debeat uti praesumtionibus, in quibusnam rebus vis insit probandi, quaenam in instrumentis ac testibus requirendae qualitates [7]), quinam effectus sint adtribuendi juris factique ignorantiae [8]). Nostro autem id agitur titulo, ut certior fiat judex, quibus ex causis certa obligationum incrementa ipsius amplectatur officium: ideo inscriptus est de usuris et fructibus, et causa et omnibus accessionibus, quibus rebus moram addidit Tribonianus, quia in usurarum praestatione consistit principale obligationum augmentum, mora autem usurarum praestandarum principalis fons est atque causa: cujus natura nisi intellecta sit, quae genuina sit ejusmodi accessionum ratio, satis non potest intelligi. Eo igitur quod hic aptissimus Triboniano morae definiendae visus est locus, nova adjecta videtur ejus, quam defendimus sententiae confirmatio, principalem consistere in usus pretio morae vim atque indolem.

---

[5]) Const. Omnem. §. 4.

[6]) L. XXII. D. Tit. III.

[7]) Eod. Tit. IV. V.

[8]) Eod. Tit. VI.

Sed de hac causa, quoniam minus placet disputandi modus ex ordine titulorum desumtus, satis jam dictum esse opinor.

§. 15.

De strictis Romanorum JCtorum, quae huc pertinent, responsis.

Longiores, quos hucusque persequuti sumus ad causam nostram agendam ambages, jamjam ut relinquamus res suadere videtur. Recta igitur via, i. e. strictiore legum, quae ad nostram quaestionem pertinent, interpretatione, videamus, ducamurne ad eundem exitum, ad quem pervenimus, comparatis rerum, quibus de agitur, diversis effectibus et investigatis iis quae in ipsis inessent causis discriminibus. Dehinc id nobis erit agendum, ut comparemus ea, quibus nostram sententiam directe probari arbitramur, cum iis, quos contrarios esse nostrae opinioni adversarii affirmant juris scripti locis.

Et primum quidem de iis videamus locis, qui nostrae causae minus videntur favere, quamquam, qui defendere susceperunt communem opinionem, obiter tantum pro majore eos attigerunt parte, nonnullis, qui non mediocris iis futuri fuissent utilitatis, prorsus in medio relictis.

Quamquam nulla lex potest proferri, qua diserte dicatur, culpa eum, qui in mora esse accipiatur, carere non posse, eandem tamen vim in certis inesse verbis adversarii volunt, quibus in magno legum numero, num aliquis in mora sit necne, solet significari. Saepenumero enim fit, ut, si de cujus dilatio-

nis agitur incommodis, per quem steterit, quominus, quod fieri debuit, esset factum, quaeratur, ita ut is, per quem stetit, morae subire debeat incommoda, contra liberatus sit ab omnibus hujus generis detrimentis, per quem non stetisse probetur, quominus alteri contingeret satisfactio. Hanc culpae a juris auctoribus inventam esse formulam, communem si sequeremur opinionem, esset credendum [1]. Sed optime a Wolffio [2] video esse animadversum, generalem huic dictioni neutiquam adtribuendam esse significationem. Verbis enim non stare per nos triplici, ut Wolff observavit, Romani usi sunt sensu, quippe quibus aut id significarent, non esse in culpa eum, apud quem non steterit, aut, non in nostram sed in alteram partem culpae cadere vitium, aut, non a nobis, sed a contraria parte, quamvis sine culpa, eam rem, qua de agatur, factam esse vel omissam.

Copiam nobis praebere videntur juris libri haud exiguam locorum, quibus uti possimus pro documentis illius sententiae, quam paullo copiosius sequentibus liceat nobis explanare.

Quoties in rebus ex obligatione praestandis aliqua intervenit dilatio, ex qua nascatur obligationis quaedam mutatio aut novum obligationis nexum, quaeritur, per utram partem steterit, quominus, quod fieri debuit, sit factum. Et in eum quidem solum, per quem stetisse dicitur, dilationis cadunt incommoda:

---

[1]) v. Madai l. c. p. 4. Donellus opp. X. p. 1431.

[2]) Wolff l. c. p. 60.

is, per quem non stetit, ab omni liberatus est detrimento [3]).

Sed videamus, quando per alterumutrum videatur stetisse:

1. Per debitorem videtur stetisse:
   a) si interpellatus non solvit;
   b) si dolo vel culpa fecerit, quominus solvere posset [4]).
2. Per debitorem non videtur stetisse:
   a) si interpellatus est ante diem [5]);
   b) si debitum rite oblatum a creditore non est acceptum, i e. si in mora accipiendi fuisse creditor probatur [6]).
3. Per creditorem intelligitur stetisse:
   a) si quum potuerit, non interpellavit debitorem — quod ex ipsa re sequitur, quoniam interpellando potuit efficere, ut stare per debitorem videretur dilatio. Arg. L. 49. §. 3. D. V. O.

---

[3]) L. 23. D. de pec. const. L. 4. pr. L 12. D. de per. et comm. L. 23. D. de V. O.

[4]) L. 23. D. de pec. const. (Pomp. L. X. ad Sab.). Si ex legati causa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem ejus tenearis mihi, quam si per te steterit, quominus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, aut si interpellatus non dedisti, aut si occidisti eum.

[5]) L. 49. §. 3. D. de V. O.

[6]) L. 5. D. L. 17. D. de per. et commod. L. 135. §. 2. D. de V. O. L. 3. §. 3. D. de act. emt. vend. — — mora autem videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quominus traderet, praesertim si omni tempore paratus fuerit tradere.

b) si oblatum noluit accipere (cfr. 2, b.);

c) quoties per impedimentum in ejus persona factum est, ut liberari justo tempore debitor non posset [7]).

4. Per debitorem non videtur stetisse:

si una ex his locum habet conditio, in quibus per debitorem moram fieri vidimus.

Enucleata igitur ex illis exemplis ea esse videtur verborum, quibus de quaestio est, significatio, ut

nunquam per eum stetisse dicatur, qui per alteram partem impeditus est, quominus faceret, quod facere debuit;

---

[7]) L. 23. §. 1. D. de operis libert. (38, 1.). Si patroni plures consulto in diversas regiones discesserint, et liberto simul operas indixerint, potest dici, diem operarum cedere, sed libertum non onerari: quia non per eum, sed per patronum stat, quominus operae dentur: sicut accidit, cum aegrotanti liberto operae indicuntur. — Hanc legem Madai (l. c. p. 9.) exhibuit, quasi contrariae, quam ille defendit opinioni, sit documento: verbis scilicet stare per aliquem omnimodo culpam esse implicatam. Certe verum est in exemplo a Juliano proposito, libertum ab omni culpae accusatione esse absolvendum, quia nemo plus quam uni potest servire domino, praesertim si diversis uterque sit locis. Sed inde non sequitur, patronos esse in culpa, quia nec ullo jure coguntur, ut in eodem omnes semper morentur loco, nec potest videri utique in culpa esse, qui id petit, cujus impossibilis est solutio. Quod autem ad aegrotantem adtinet libertum, e singulari sequitur ejusmodi obligationis natura, in operis indicandis valetudinis liberti ceterorumque hujus generis impedimentorum fieri debere rationem, cujus rei manifestissimis utimur documentis. L. 17. L. 34. h. t. Cfr. Zimmern R. R. G. I. p. 798. n. 32.

et contra

> Omnimodo stetisse dicatur per eum, qui nullo in alterius persona interveniente impedimento vel difficultate fecit aliquid vel non fecit, quo facto vel omisso aut certa amittit commoda aut praefinita patitur detrimenta.

Nullum vero in juris complexu equidem inveni responsum, quo ejusmodi verborum nostrorum exhiberi possit usus, ut idem significent, ac si diserte esset significatum in culpa aliquem versari.

§. 16.

Continuatur.

Haud quidem me fugit esse quoddam atque satis id cognitum Pomponii fragmentum, quod, quum ad contrariam possit utile videri probandam sententiam, hoc loco exhibeamus opus esse videtur [8]. Ait igitur Pomponius:

> Quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit, quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. Sed quum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit, non solum in potestate fuerit, necne, aut dolo malo feceris, quominus esset vel fuerit, necne, sed etiam, si aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere.

[8] L. 5. D. de R. Cr. Mos erat vetustiorum interpretum in hac lege interpretanda adumbrare totam de mora doctrinam, sicut Glossa facit, Donellus (opp. X. p. 138.). Barclayus (comment. in tit. de R. C. p. 36.).

Generalem tradit Pomponius de perpetuatione obligationum regulam, quae locum habet tum, si aut dolo culpave debitoris aliquid est factum, aut mora probatur intervenisse, quod utrumque verbis quam per te factum erit, complectitur jureconsultus. Haec verba, quum per se nullam requirant definitionem, nec illud Pomponii videri potest consilium, ut, quando in culpa vel in mora esse quis intelligatur, funditus explicet. Quod si voluisset, interpellationem a creditore faciendam, quae sine dubio principalis est atque inevitabilis regularis morae conditio, silentio nullo modo praeteriisset. Sed minus ducit supervacuum, breve adjicere monitum ad eam excludendam excusationem, qua saepe se liberare student debitores in ejusmodi controversiis, quippe qui allegent ipsis fuisse incognitum, in obligatione rem fuisse, cujus de interitu ageretur: quum satis constet, liberum esse ab aestimationis praestatione, quicunque se debere justis e causis ignoret [9]). Hucusque igitur nihil est in loco, quod contradicat sententiae a nobis defensae. Sed quod ait Pomponius: animadverti debere, non solum in potestate fuerit, necne, aut dolo malo feceris, necne — etc. ita possit intelligi, quasi dixerit: culpa carere eum non posse, qui morae subire debeat incommoda. Excusandus enim videtur, cujus non fuit in potestate, ut solveret, quod dare debuit. Sed videamus quando in alicujus sit potestate, quando non sit. Quod quidem eo potest evenire modo, ut aut rei debitae dominus nolit eam vendere, aut alia quadam naturali difficultate debitor, quominus eam tradat, sit impeditus. Neque hic neque illic un-

[9]) L. 42. D. de reg. Jur. cfr. supra p. 57.

quam excusari debitorem documento sunt Venuleji verba [10]:

> Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici, eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promisit.

Itaque unus ille superesse videtur rerum status, si quidem per stipulatorem stetit, quominus a debito promissor posset sese liberare. Haudquaquam tamen me fugit, cum verbis, quae sequuntur, parum videri concinnam illam interpretationem, quod enim pergit Pomponius: aut dolo malo feceris, quominus (in potestate) esset vel fuerit, necne, ad naturale magis spectare videtur impedimentum. Nihil sane proponitur, cur de mora duntaxat haec verba sint intelligenda. Dolo malo enim et is facit, qui aut consulto interemit rem, quam dare promisit, aut omnem in ea conservanda omisit diligentiam, neque quidquam refert, quod solius doli, nec levis etiam culpae Pomponius fecit mentionem; nam in omnibus saltem dolus praestatur contractibus et in iis negotiis, quae ad omnem praestandam culpam obligant, quoniam ad rei interitum culpae similem esse ac doli mali effectum, ipso sequitur jure.

Mea quidem sententia frustra laboramus in variis hujus legis partibus concinno ac congruenti amplectendis intellectu, nisi priorem partem (i. e. a verbis: non solum — necne) quasi ad culpam pertinentem; posteriorem vero (verb. sed etiam rel.) quasi moram

---

[10]) L. 137. §. 4. i. f. D. de V. O.

spectantem accipiamus. Satis superque enim videtur verisimile, Pomponium, de aliqua justa causa loquentem, propter quam intelligere deberes te dare oportere, non modo de cognitis illis cogitasse morae excusationibus, sed de ipsa etiam interpellatione, cujus alias nullam hoc loco fieri mentionem, satis esset mirandum: quam accipere si velimus interpretationem, particulae aut, cujus in priore parte jureconsultus facit usum, non is adtribuendus erit sensus, quo exprimatur, nihil referre, in potestate fuerit, necne, dolove malo aliquid a promissore sit factum, necne, sed eo particula accipienda erit sensu, quem haud raro ei vindicat optimorum veteris Latii scriptorum fides, ut idem scilicet hoc significetur vocabulo, ac si vel potius [11]) scripserit Pomponius. Supposito hoc intellectu, non modo omni privaretur lex, qua de agitur, contradictione, quae contra nostram forsitan opinionem inesse in ea videatur, sed majore, nisi fallimur, frueretur elegantia, majoreque cum aliis, quae aperte nostram causam defendunt, legibus consensu.

§. 17.

Continuatur.

Inter principales, quorum data nobis est copia testes, audiendus erit Venulejus, qui, quid intersit inter impedimentum naturale, quo interveniente omnimodo liberandus sit debitor, et meram solvendi difficultatem, qua nunquam excusatur, elegantissime hisce exposuit verbis [1]):

---

[11]) Schmalfeld, Synonymik. 3. Aufl. p. 393.

[1]) L. 137. §. 4. D. de V. O.

> Illud inspiciendum est, an qui centum dare promisit, confestim teneatur, an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit? Quid ergo si neque domi habeat, neque inveniat creditorem? **Sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum,** quae promittuntur: et alioquin, si quis Stichum dare spoponderit, quaeremus, ubi sit Stichus, aut si [2]) non multum referre videatur, Ephesi daturum se, an, quod Ephesi sit, eum ipse Romae sit, dare spondeat, nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet: quia et in pecunia et in Sticho illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest. Et generaliter — (sequuntur verba jam supra §. 16. n. 10. exhibita). —

Praecedentibus hujus legis paragraphis de ea quaestione disputavit Venulejus, si quis promisit, remoto loco se rem aliquam esse daturum: ejusmodi in stipulationibus tantum inesse ex rei natura ait dilationis, quanto viro bono ac diligenti opus sit ad iter conficiendum, valetudinis, aetatis, ceterorumque naturalium impedimentorum omnimodo habita ratione. Eandem esse rationem, pergit Venulejus, si insulam aedificare quis promiserit, qua in re temporis necessario spatio, sine ipsius detrimento, frui debeat promissor: haec vero omnia ex ipsa rerum natura sequi videntur, quia

---

[2]) Florent. Hal. et Vulg. **ut sic** quam lectionem et Donellus praefert. Cfr. comment. ad hunc tit. (Francof. 1599.). p. 106. MS. Goetting. legit: **ut**.



non potest praesumi, ad talia aliquem se obligare voluisse, quae aut impossibilia sunt, aut naturalem excedunt humanarum virium modum. Morae igitur illic nulla potest esse quaestio, antequam debitor ejus excedit temporis modum, quod sufficere solet ad debitum solvendum secundum boni viri arbitratum.

Nostra vero paragrapho ad aliam Venulejus divertitur quaestionem; quaerit enim, eademne praevaleat ratio et in illo, qui nulla adjecta temporis locive praefinitione, certam pecuniae dare promiserit summam: insitne in hac quoque stipulatione tacita aliqua ipso jure dilatio. Is enim, qui pecuniam quam debet nec habet in domo, nec invenit a quo accipiat, effectus ratione habita similis videtur ejus, qui, quum Romae sit, non statim potest Ephesi servum dare, vel ejus, qui, quum idoneos non inveniat opifices, insulae aedificandae modicam debet statuere diem. Sed diversam esse utriusque exempli rationem, praeclare Venulejus observat, quia prioris generis impedimenta natura contineantur rerum, ejusmodi vero, quas in hac profert paragrapho, difficultates, ad meram respiciant personalem facultatem. Est facultas, pergit Venulejus, personae commodum incommodumque — iis vero, quae ex inopia pecuniae profluunt incommoda, ipsius morae certe continentur detrimenta. Nec quidquam refert, quod de stricti juris hoc loco agitur obligatione, in qua usurae ex mora non praestantur: jam supra enim vidimus, majores fuisse in condictionibus quam in bonae fidei actionibus morae incommoda.

Quoties igitur de effectibus quaestio est solutionis protractae, i. e. quoties de morae agitur incommodis, ex Venuleji sententia erit distinguendum, sitne naturale illud impedimentum an in personali potius con-

sistat difficultate. Qua in quaestione decernenda interesse quidquam, utrum sua culpa forte pervenerit in statum difficultatis, necne, nullum in tota lege inest, quo possit probari, verbum. Sunt quidem [3], qui, nisi subintellecta culpa cogitari posse negent ejusmodi difficultatem, quia omnimodo est in culpa, qui sciat se debere, si de pecunia negotianda justo non provideat tempore. Quid tandem, si verbi gratia debitoris forte debitor, a quo accepturus erat pecuniam, moram faciat, vel desinat esse solvendo? Valde dubito, num aliquo jure culpae possit accusari debitor ejusmodi calamitatem passus. Cui tamen morae subeunda esse incommoda ex sententia Venuleji nihilominus erit dicendum. Alioquin permagnae consequenter probandae essent iniquitates: promisit mihi Titius pecuniam, quam ipsi Sejus debet, justo tempore interpellatus Sejus solvendi facit moram, quo evenit, ut mihi interpellanti Titius solvere non possit: nulla ex adversariorum doctrina, quoniam culpa caret, pateretur Titius incommoda. Quid vero, si forte Sejus in culpa sit? debebit usuras Titio: quas quidem Titius, quia usurae ex inculpata mora ab eo peti non possunt, pro suo retinebit commodo. Haereret igitur in me solo damnum proveniens ex illa dilatione, qui omni privatus essem ad damnum avertendum auxilio. Quodsi durum est, debitorem sine sua culpa pati debere detrimenta — multo sane erit durius, eum, per cujus personam nihil stabat, i. e. creditorem ex aliena persona affici morae incommodis.

Maximi vero in nostra quaestione postrema hujus

---

[3]) v. Madai l. c. p. 11.

legis[4]) pars est momenti, qua disertis verbis ei, quam priore parte singulo casui applicaverat, regulae, generalem Venulejus vindicat auctoritatem. Qua regula quae civilior sit magisque naturali rationi adaptata mea quidem opinione vix potest cogitari: periculosum enim esset habere obligationes in bonis, si fortuito quoque casu in persona debitoris accidenti, ab eo, quod ipso jure ipsis competit, possent excludi creditores.

Iis sane, qui negant, eam fuisse Venuleji sententiam, ut morae incommodis non excipi diceret eos, qui fortuito casu i. e. sine ipsorum culpa, privati essent solvendi facultate, nihil superesse videtur, quam ut injuriam faciant Venuleji ingenio, supponentes profusa verborum copia enuntiatum esse ab illo jureconsulto quod in triviis sibi quisque colligere potest, i. e. non idcirco nos liberari a debitis, quia dandi careamus facultate [5]). Quem intolerabilem fere si

---

[4]) Schömanni haud vile est meritum, quod primus omnium interpretum (Bartolo tamen excepto, qui in comment. ad L. 5. D. de R. Cr. opp. Bas. 1562. p. 507. justum defendit intellectum), quanta sit legis cit. in decernenda hac quaestione auctoritas, animadverterit: quam summi vetustioris temporis jureconsulti, veluti Donellus (comment. ad lib. II, III. etc. libros Cod. et ad Tit. de V. O. Francof. 1599. p. 406 f.) et Cujacius (opp. Paris. 1658. I. p. 1283.) aut ad morae doctrinam omnino non attraxerunt, aut obiter duntaxat, si, quae inter impedimentum naturale et personalem difficultatem esset differentia, exponebant, attigerunt. Cfr. Hänel, Lehre vom Schadensersatz. (Leipz. 1823.) p. 78.

[5]) Singularem et paene ridiculam in hac quaestione Arumaeus exhibet sententiam, qui ratiocinatur hoc fere modo: solent difficilia impossibilibus adnumerari: ut ergo impossibilium nulla est obligatio, sic per consequens neque difficilium erit, aut esse poterit. Arumaeus l. c. p. 243.

probare nolumus intellectum, concedendum erit, re vera directum in hac lege nobis existere testimonium, per difficultatem vel sine culpa contingentem nunquam a mora solvendi excusari debitorem.

§. 18.

De argumento ex LL. 18. D. de duob. reis et 173. D. de Reg. Jur. sumendo.

Reliquum est, ut duas contemplemur et eas quidem notissimas leges, in quibus, si justa utimur interpretatione, major inest ejus, quod probandum suscepimus, quam argumentis hucusque adhibitis confirmatio. Quid enim, quod certissimis hisce legibus utimur documentis, unam saltem fuisse causam, in qua ita discreparent utriusque rei effectus, ut aut calumniandum jus civile, quasi mero arbitrio magis quam ratione gubernatum, aut essentialem inter moram atque culpam a jure Romano agnosci differentiam, esset concedendum. Quarum legum jamjam nobis liceat exhibere verba. Ait Pomponius [1]:

> Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet.

Ait Paulus [2]:

> Unicuique sua mora nocet, quod et in duobus reis observatur.

Quocum consentit Marcianus [3]:

> Sed si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet.

---

[1]) L. 18. D. de duob. reis.

[2]) L. 173. D. de Reg. jur.

[3]) L. 32. §. 5. D. de usur.

Atque ad Pomponii intellectum nihil sane habeo, quod addam egregiae illi interpretationi, quam summi ingenii vir Ribbentrop in elegantissimo et clarissimo, quem de correalibus, ut solent vocari, scripsit obligationibus, defendit libro [4]). Ostendit enim vir illustrissimus, de illo dispicere Pomponium casu, si ab uno ex duobus reis servus, quem uterque promisit, sit occisus aliove modo laesus vel deterior factus. Nec ad eum solum casum pertinere illam decisionem, praeclare Ribbentrop exponit [5]) ubi in faciendo consistat culpa, sed idem juris esse in omnibus causis, ubi in faciendo vel omittendo aliqua unius ex reis interveniat culpa.

Aliter, secundum Pauli et Marciani testimonia, si unus ex duobus reis in mora sit, res sese habet.

Quaerenda discriminis ratio. — Acutissima legum, quae huc pertinent, interpretatione probavit Ribbentrop, ex ipsa sequi earum obligationum, quarum plus quam unus est reus, vi atque natura, mutari pro utroque reo obligationem, quotiens aliquid interveniat, quod non ad personalem pertineat unius alteriusve relationem, sed ad realem ejusdem obligationis substantiam.

Quod ad culpam — una est et principalis quidem earum causarum, quibus intervenientibus modum ac mutationem patiuntur obligationes. Quodsi merito dicimus, mutari per dolum culpamve obligationum substantiam, cujusnam personae facto talem adtribuamus effectum, possit quaeri, de nulla certe alia quaestio est culpa, nisi de commissa ab iis, quae obli-

---

[4]) Correalobligationen. p. 28 ff.

[5]) Eodem p. 34.

gationis vinculo continentur personis: quia non potest mutari obligatio inter duos contracta per culpam a tertio quodam commissam, neque quidquam re vera refert, unus an plures sint in altera utra parte rei. Quo sequitur, nihil inesse in Pomponii responso, cujus ratio non ex summa juris elegantia sequatur.

Quid ad morae adumbrandam vim ac naturam ex hac sequitur ratiocinatione?

Primum id quidem hucc apparere videtur clarius, non posse eundem in mora inesse atque in culpa ad mutandam obligationis substantiam effectum.

Ne attingam innumerabilem eorum, qui de hujus discriminis causis disputaverunt, interpretum multitudinem, unius Ribbentropii[6]), quae unice vera mihi visa est, huc afferam sententiam: personalem duntaxat debitoris in mora constituti in obligatione relationem, non realem juris substantiam, per moram pati mutationem; subintelligendum enim esse, eam habere in mente Paulum morae speciem, quae per creditoris efficiatur interpellationem, qua de specie notum illud Marciani tractat responsum [7]).

Quae summa tanti ingenii admiratione omnia concedo. Sed non plane sufficere mihi videntur, ad id declarandum, quo de quaerimus, discrimen. Si enim dicamus, moram culpae esse speciem, negare non possimus, eundem, quem culpae, in obligationibus correalibus, ei adtribuendum esse effectum: nec satis est, ut dicamus, hanc solam speciem in ea causa esse exceptam, quoniam aliam in obligationibus vim culpa obtinere non potest, nisi ut efficiat quandam

[6]) Correalobl. p. 35 f.

[7]) L. 32. D. h. t.

obligationis mutationem: neque aliter sese potest obligare correus, nisi ut reus sit ejus etiam obligationis, quae per correi factum in novam formam est redacta.

Sed videamus, interpellans unum ex duobus reis quid faciat creditor? Illius quidem eligit personam, cujus in arbitrio sit, utrum se ipsum et alterum reum solvendo velit liberare, an quasi novam potius solus suscipere obligationem, quae in eo consistit, ut praestet creditori, id quod idem valet, atque si statim res debita sit soluta, i. e. in iis quidem obligationibus, e quibus usuras debentur, velut in fideicommissis ut praestet usuras, in ceteris vero, quae non admittunt usurarum augmentum, ut perpetuatam suscipiat obligationem. Nihil enim in duobus reis constituendis videtur obstare, quin eadem obligatio alteri ex correis sit perpetua, alteri non perpetua: nec magis vitiatur ejusmodi contractus natura eo, quod alter reorum debeat ex mora usuras, alter non debeat: usurarum enim quamvis accessoria, alia tamen quam principalis est obligatio.